

Arbeitsordnung und betriebliche Mitbestimmung

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Renate Martin

Richterin in Berlin

~~1983~~

1984



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548817_0035

Arbeitsordnung und betriebliche Mitbestimmung

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Renate Martin

Richterin in Berlin

1983

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. Sacker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Adomeit

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Februar 1984

Inhaltsverzeichnis

1. Teil	Einleitung	
1.	Was ist eine Arbeitsordnung ?	1
2.	Der Inhalt von Arbeitsordnungen	6
3.	Probleme beim Zustandekommen einer Arbeitsordnung	10
4.	Die Bedeutung der Rechtsgrundlage	11
5.	Die Rechtsgrundlage für die Bestimmungen der Arbeitsordnung	12
2. Teil	Die Reichweite der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1	
1.	Die Problematik der Anwendung des § 87 I Nr. 1	17
2.	Stellungnahmen zur Auslegung des Tatbestandes "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb"	19
2.1.	Die Rechtsprechung zu § 56 I lit. f BetrVG 52 und zu § 87 I Nr. 1	24
2.1.1.	Die Rechtsprechung des BAG	24
2.1.2.	Die sonstige Rechtsprechung	36
2.2.	Die Literatur zu § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52)	42
2.3.	Zusammenfassung	46
3.	Die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 87 I Nr. 1	47
3.1.	Der Wortlaut dieser Bestimmung	47
3.1.1.	Die Bedeutung der in der Vorschrift enthaltenen Wörter	47
3.1.2.	Die Grenzen der Wortlautbetrachtung	50
3.2.	Die Bedeutung der früheren Interpretation des Tatbestandes "Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer (Arbeiter) im Betrieb"	54

3.2.1.	Bestimmungen über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter im Betrieb in der Arbeitsordnung i. S. d. GewO	54
3.2.2.	Die Mitbestimmung bei "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb" unter der Geltung des BetrVG 52	58
3.3.	<u>§ 87 I Nr. 1 im Zusammenhang des Gesetzes</u>	60
3.3.1.	§ 87 I Nr. 1 als Mitbestimmungsrecht	61
3.3.2.	§ 87 I Nr. 1 im System der Mitbestimmungsrechte	64
3.4.	<u>Der Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1</u>	73
3.4.1.	Der Sinn und Zweck der Mitbestimmung nach § 87 I	73
3.4.1.1.	Die Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen	73
3.4.1.2.	Der Schutz vor einseitiger Ausübung des Direktionsrechts	74
3.4.1.3.	Der Schutz vor Ausübung eines faktischen Alleinbestimmungsrechts	76
3.4.1.4.	Die Teilhabe der Arbeitnehmer an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen	78
3.4.2.	Die Bedeutung dieser Zwecke für § 87 I Nr. 1	80
3.4.2.1.	Die Einschränkung des Direktionsrechts als Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1	80
3.4.2.2.	Die Einschränkung der faktischen Alleinbestimmung als Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1	83
3.4.2.3.	Die Teilhabe der Arbeitnehmer als Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1	83
3.5.	<u>Ergebnis: § 87 I Nr. 1 als Rechtsgrundlage für die Regelung betriebsbezogener Arbeitsbedingungen</u>	84
4.	<u>Die Schranken des § 87 I Nr. 1</u>	92
4.1.	<u>Die arbeitsbezogenen Maßnahmen</u>	92
4.1.1.	Untersuchung von Begründungen für eine Herausnahme arbeitsbezogener Maßnahmen aus dem Bereich des § 87 I Nr. 1	96
4.1.1.1.	Der Wortlaut der Vorschrift	96
4.1.1.2.	Die Verantwortung des Arbeitgebers für das Arbeitsergebnis	97

4.1.1.2.1.	Die Unterscheidung von betrieblichen und unternehmerischen Angelegenheiten	98
4.1.1.2.2.	Die Bedeutung der Unterscheidung in der Betriebsverfassung	99
4.1.1.2.3.	Die unterschiedlichen Modelle zur Berücksichtigung unternehmerischer Vorgaben bei der Mitbestimmung nach § 87 I	103
4.1.1.2.4.	Folgerung	112
4.1.1.3.	Arbeitsbezogene Maßnahmen als Gestaltung materieller Arbeitsbedingungen	112
4.1.1.3.1.	Die Mitbestimmung bei der Regelung materieller Arbeitsbedingungen	112
4.1.1.3.2.	Die Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen	113
4.1.1.3.3.	Die Bedeutung dieser Unterscheidung für die Mitbestimmung nach § 56 I BetrVG 52	113
4.1.1.3.4.	Die Bedeutung der Unterscheidung für die Mitbestimmung nach § 87 I	114
4.1.1.3.5.	Folgerung	117
4.1.1.4.	Mitbestimmungsfreiheit wegen Fehlens eines Entscheidungsspielraums	117
4.1.1.4.1.	Die Unterscheidung von Rechts- und Regulationsfragen	118
4.1.1.4.2.	Die Mitbestimmung bei der Rechtsanwendung	119
4.1.1.4.3.	Übertragbarkeit bei Regelungen, bei denen das Ermessen auf Null reduziert ist	125
4.1.1.4.4.	Folgerung	126
4.1.1.5.	Begründung aus der Entstehungsgeschichte	126
4.1.2.	Die Eingrenzung der arbeitsbezogenen Maßnahmen	128
4.1.3.	Folgerung	132
4.2.	<u>Maßnahmen, die keine Pflichten der Arbeitnehmer begründen oder konkretisieren</u>	132
4.2.1.	Untersuchung von Begründungen zur Herausnahme solcher Maßnahmen aus dem Bereich der Mitbestimmung	134
4.2.1.1.	Begründung aus dem Wortlaut des § 87 I Nr. 1	135
4.2.1.2.	Begründung aus dem Bezug der Mitbestimmung auf das Direktionsrecht	135

4.2.1.3.	Mitbestimmungsfreiheit nicht verpflichtender Maßnahmen wegen Fehlens eines Schutzbedürfnisses	136
4.2.1.4.	Historische Begründung	138
4.2.1.5.	Begründung aus der Ermächtigungsfunktion der Mitbestimmungstatbestände	139
4.2.1.6.	Begründung aus dem Bezug der Mitbestimmung auf Regelungen	141
4.2.1.7.	Die Mitbestimmungsfreiheit der Durchsetzung bestehender Ansprüche	143
4.2.2.	Folgerung	147
4.3.	<u>Mitbestimmung und nicht aus dem Arbeitsvertrag abgeleitete Rechte des Arbeitgebers</u>	148
4.3.1.	Mit dem Mitbestimmungsrecht kollidierende Rechte des Arbeitgebers	148
4.3.1.1.	Meinungsstand	149
4.3.1.2.	Bestimmung der mit dem Mitbestimmungsrecht kollidierenden Rechte	150
4.3.1.2.1.	Bestimmung des Hausrechts	150
4.3.1.2.2.	Bestimmung der Sachherrschaft	154
4.3.1.2.3.	Ergebnis	155
4.3.2.	Mitbestimmung bei Anordnungen, die auf das Eigentum gestützt werden	155
4.3.3.	Mitbestimmung bei Anordnungen, die auf Besitz gestützt werden	162
4.3.4.	Folgerung	164
4.4.	<u>Beschränkungen des Anwendungsbereichs durch Sonderregelungen</u>	165
4.4.1.	Die Sonderregelung für den Arbeitsschutz in § 87 I Nr. 7	165
4.4.2.	Die Sonderregelung für technische Kontrollen in § 87 I Nr. 6	169
5.	<u>Zusammenfassung von Thema und Schranken des § 87 I Nr. 1 in Form eines Prüfungsschemas</u>	172

3. Teil Die Mitbestimmungspflicht nach § 87 I Nr. 1 bei
einzelnen typischen Regelungen aus Arbeitsordnungen

1.	Das Rauchverbot	173
2.	Regelungen über Nebentätigkeiten der Arbeitnehmer	179
3.	Vertretungsregeln	182
4.	Die Befristung der Arbeitsverhältnisse auf die Vollendung des 65. Lebensjahres	183
5.	Regelungen über ärztliche Untersuchungen	185
6.	Meldepflichten	187
7.	Die Zugangsfiktion	195
8.	Regelungen über Kontrollmaßnahmen	197
9.	Regelungen über Ordnungsmaßnahmen	210
9.1.	Stellungnahmen zur Mitbestimmung bei Ordnungsmaßnahmen	211
9.1.1.	Die höchstrichterliche Rechtsprechung	211
9.1.2.	Die sonstige Rechtsprechung	214
9.1.3.	Die Literatur	214
9.2.	Regelungen aus Arbeitsordnungen	216
9.3.	Die Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße	222
9.3.1.	Stellungnahmen zu Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße	222
9.3.1.1.	Die Rechtsprechung	222
9.3.1.2.	Die Literatur	227
9.3.2.	Die Bewertung der einzelnen Maßnahmen	230

4. Teil Sonstige Probleme der Arbeitsordnung

1.	Die Zuständigkeit für die Vereinbarung einer Arbeitsordnung	237
1.1.	Die Zuständigkeit auf Seiten der Arbeitnehmer	237
1.1.1.	Die Zuständigkeit des Betriebsrats	239
1.1.2.	Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats	240

1.1.3.	Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats	247
1.1.4.	Bedeutung der Kompetenzverteilung für die Arbeitsordnung	249
1.2.	Der Vereinbarungspartner auf Seiten des Arbeitgebers	250
2.	Die Außenschranken	252
3.	Die Innenschranken	253
4.	Der Gesetzes- und Tarifvorbehalt	256
4.1.	Der Gesetzesvorbehalt	256
4.2.	Der Tarifvorbehalt	257
4.2.1.	Abweichende Betriebsvereinbarungen	257
4.2.2.	Übernehmende Betriebsvereinbarungen	271
5.	Die Beendigung der Wirkung der Arbeitsordnung	275
5.1.	Die Kündigung von Teilen der Arbeitsordnung	276
5.2.	Die Ablösung einer Arbeitsordnung durch eine neue Arbeitsordnung	278
5.3.	Die Nachwirkung der Arbeitsordnung	279

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus Die Regelungsabrede
2. Aufl., 1961
- Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
BB 72,53
- Ammermüller, Martin Flexible Altersgrenze und Beendigung des Arbeitsverhältnisses
DB 73,822
- Badura, Peter Die Verfassung als Auftrag, Richtlinie und Grenze der wirtschafts- und arbeitspolitischen Gesetzgebung
WiR 74,1
- Ballerstedt Anm. zu BAG v. 25.2.66
im Anschluß an AP Nr. 8 zu
§ 66 PersVG
- Ball Schmiede, Wolfram Das Rauchverbot im Betrieb
AuR 57,248
- Becker-Schaffner, R. Zur Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochener Verweise
BlStSozArbR 75,10
- Bensinger, Günter Muster einer Arbeitsordnung und anderer Betriebsvereinbarungen über soziale Angelegenheiten
1975, Nachdruck 1978
- Betriebsjustiz Untersuchungen über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben /hrsg. von Günther Kaiser und Gerhard Metzger-Pregizer
1976
- Bieding, Fritz § 87 BetrVG und die vergessenen Führungsmethoden
AiB 83,12
- Birk, Rolf Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht
1973

- Bleistein, Franzjosef Kündigung und Kündigungsschutz
im Arbeitsverhältnis
2. Aufl., 1978
- Blomeyer, Wolfgang Die Entwicklung des arbeitsrecht-
lichen Schrifttums im Jahre 1974
ZfA 75,243
- Das Obermaßverbot im Betriebs-
verfassungsrecht
in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht,
1979, S. 17
- Bobrowski, Paul - Gaul,
Dieter Das Arbeitsrecht im Betrieb
Band 1, 7. Aufl., 1979
- Boewer, Dietrich Das Initiativrecht des Betriebs-
rats in sozialen Angelegenheiten
DB 73,522
- Zur Unterscheidung von formellen
und materiellen Arbeitsbedingungen
DB 70,2319
- Bötticher, Eduard Regelungsstreitigkeiten
in: Festschrift für Friedrich Lent
zum 75. Geburtstag, 1957, S. 89
- Grundsätzliches zur Mitbestimmung
des Betriebs- und Personalrats
bei Umgruppierungen von Arbeit-
nehmern
RdA 69,194
- Böttner, Walter Das Direktionsrecht des Arbeit-
gebers
1971
- Bovensiepen, Eduard Besprechung der 1. Aufl. "Die
Arbeitsordnung" von Koch
AuR 54,347
- Brecht, Hans-Theo Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz nebst Wahlordnung
1972
- Brill, Werner Zum Anspruch des Arbeitnehmers
auf Arbeits-, Berufs-, Dienst-
und Schutzkleidung
DB 75,1076
- Die Rechtsprechung zur sozialen
Mitbestimmung des Betriebsrats
DB 78, Beil. 9
- Brockhaus Enzyklopädie, Band 13
1971

- Buchner, Herbert Anm. zu BAG v. 22.2.78
im Anschluß an EzA § 611 BGB
Fürsorgepflicht Nr. 23
- Buschmann, Rudolf Mitbestimmung des Betriebsrats
bei der Festlegung der Arbeits-
zeit im Einzelhandel
DB 82,1059
- Canaris, Claus-Wilhelm Funktionelle und inhaltliche
Grenzen kollektiver Gestaltungs-
macht bei der Betriebsvereinba-
rung
AuR 66,129
- Denck, Johannes Arbeitsschutz und Mitbestimmung
des Betriebsrats
ZfA 76,447
- Diekhoff, Ludwig Abtretungsverbot durch Betriebs-
vereinbarung ?
AuR 58,304
- Dietz, Rolf Anm. zu BAG v. 15.5.64
im Anschluß an AP Nr. 5 zu
§ 56 BetrVG (52) Akkord
- Anm. zu BAG v. 12.9.67
im Anschluß an AP Nr. 1 zu
§ 56 BetrVG (52) Betriebsbuße
- Dietz, Rolf - Richardi,
Reinhard Betriebsverfassungsgesetz
Kommentar
5. Aufl., 1973
- Betriebsverfassungsgesetz
Kommentar
Band 1, 6. Aufl., 1981
Band 2, 6. Aufl., 1982
- Dockhorn, R. Bemerkungen zum geltenden Recht
der Torkontrollen
ArbGeb 59,660
- Dütz, Wilhelm Besprechung "Die Einigungsstelle
nach dem Betriebsverfassungs-
gesetz 1972"
AuR 75,211
- Eberstein, H. H. - Meyer,
T. R. Arbeitsstättenrecht
Handkommentar für die Praxis
Loseblattsammlung
Stand Dez. 81
- Eich, Rolf-Achim Kürzung übertariflicher Einkom-
mensbestandteile und Mitbestim-
mungsrecht des Betriebsrats
DB 80,1340

- Engler, Herbert Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen
1949
- Fabricius, Fritz Besprechung "Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz" von Fitting-Auffarth-Kaiser, 10. Aufl., RdA 73,125
- Fabricius, Fritz - Kraft, Alfons - Thiele, Wolfgang - Wiese, Günther Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar Loseblattsammlung seit 1974
neuere Bearbeitungen sind bezeichnet
- Farthmann, Friedhelm Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Regelung der Arbeitszeit
RdA 74,65
- Feichtinger, Peter Krankheit im Arbeitsverhältnis
1981
- Feller, Hans Arbeitsrechtliche Probleme des Betriebsausflugs
RdA 64,41
- Fenge, Gunther Arztbesuch-Kontrolle mitbestimmungspflichtig ?
BB 82,1577
- Fitting, Karl - Auffarth, Fritz - Kaiser, Heinrich Betriebsverfassungsgesetz
13. Aufl., 1981
- Flatow, Georg Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung
1921
- Flatow, Georg - Kahn-Freund, Otto Betriebsrätegesetz
13. Aufl., 1931
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft
3. Aufl. 1979
- Föhr, Horst Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten unter besonderer Berücksichtigung der außertariflichen Angestellten
AuR 75,353
- v. Friesen, Juliane Freifrau Die Rechtsstellung des Betriebsrats gegenüber nichtleitenden AT-Angestellten
DB 80, Beil. 1
- Fuchs, Dieter Das betriebliche Rauchverbot
BB 77, 299

- Galperin, Hans Anm. zu BAG vom 23.9.75
SAE 76,100
- Die Stellung des Arbeitgebers
in der Betriebsverfassung
in: Festschrift für Hans Schmitz
zum 70. Geburtstag, 1967,
S. 55
- Das Weisungsrecht des Arbeitgebers
DB 52,186
- Galperin, Hans - Löwisch,
Manfred Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz
Band 2, 6. Aufl. 1982
- Galperin, Hans - Siebert,
Wolfgang Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz
4. Aufl., 1963
- Gamillscheg, Franz Arbeitsrecht
Band 2, 5. Aufl., 1979
- Gaul, Dieter Anm. zu BAG vom 27.5.60
SAE 62,14
- "Betriebsjustiz" als zulässige
Konkurrenz der Rechtspflege ?
DB 65,665
- Die betriebliche Einigungsstelle
2. Aufl., 1980
- Kontrollgeräte, insbesondere
Telefonkontrolle und Mikrophon-
abhöranlage am Arbeitsplatz
B1StSozArbR 65,27
- Rechtsfragen bei der Anwendung
betrieblicher Kontrollgeräte
BB 60,559
- Gift, Emil Zur Zulässigkeit einer Nebenbe-
schäftigung im Arbeitsrecht
BB 59,43
- Stellungnahme zur Erwiderung
von Rewolle (BB 59,670)
BB 59,673
- Gnade, Albert - Kehrmann,
Karl - Schneider, Wolfgang Betriebsverfassungsgesetz
1972
- Graeye, Hans Die Arbeitsordnung nach dem
Betriebsverfassungsgesetz
Diss. München, 1955
- Grasmann, Günther Anm. zu BAG vom 30.1.79
SAE 79,244

- Gumpert, Jobst Kann der Arbeitgeber das Tragen von Pfennigabsätzen verbieten ?
BB 61,1380
- Betriebsfeiern in rechtlicher Sicht
BB 56,1200
- Hackstein, Rolf Arbeitswissenschaft im Umriß
Band 2, 1977
- Halberstadt, Georg Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG
BB 75,843
- Hanack, Ernst-Walter Hausfriedensbruch durch Testkäufer - LG Frankfurt, NJW 63,1022
JuS 64,352
- Hanau, Peter Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung
RdA 73,281
- Aktuelle Probleme der Mitbestimmung über das Arbeitsentgelt gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG
BB 77,350
- Zwangspensionierung des Arbeitnehmers mit 65 ?
RdA 76,24
- Harmsen, Claus Die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 1 BetrVG bei Stellenbeschreibungen
BB 80,1219
- Haug, Ulrich Anm. zu BAG vom 23.9.76
JZ 77,567
- Herbst Die betrieblichen Ordnungsstrafen
BB 65,419
- Herschel, Wilhelm Anm. zu BAG vom 15.12.61
AuR 62,189
- Anm. zu BAG vom 7.11.79 im Anschluß an AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 72
- Hessel, Philipp Die Betriebsordnung nach § 56 Betriebsverfassungsgesetz
DB 53,801
- Hiersemann, Walter Die Grenzen des erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes
BB 62,183

- Hilger, Marie Luise Mitbestimmungsrecht und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates
BB 56,10
- Hoffmann-Walldorf Das Mitbestimmungsrecht beim Rauchverbot
RdA 55,63
- Hoppe, Günther Das 65. Lebensjahr und die Betriebsvereinbarung
BB 68,757
- Horneffer, Kaspar Nichtraucherschutz, Anwendung am Arbeitsplatz
Arbeitsschutz 75,221
- Hromadka, Wolfgang Die Arbeitsordnung im Wandel der Zeit
1979
- Hueck, Alfred Normen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen
BB 49,530
- Hueck, Alfred - Hueck, Götz Kündigungsschutzgesetz
Kommentar
10. Aufl., 1980
- Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts
Band 2, 1. u. 2. Aufl., 1930
- Lehrbuch des Arbeitsrechts
Zweiter Band, Kollektives Arbeitsrecht, Erster Halbband
7. Aufl., 1967
- Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl - Säcker, Franz-Jürgen Lehrbuch des Arbeitsrechts
Zweiter Band, Kollektives Arbeitsrecht, Zweiter Halbband
7. Aufl., 1970
- Hueck, Götz Die Betriebsvereinbarung nach dem Betriebsverfassungsgesetz des Bundes
RdA 52,366
- Die Teilkündigung im Arbeitsrecht
RdA 68,201
- Hunold, Wolf Mitarbeiterkontrolle, Erfassung betrieblicher Leistungsdaten und die Mitbestimmung des Betriebsrates
DB 82, Beil. 18
- Isele, Hellmut Georg Anm. zu BAG vom 12.9.67
JZ 68,338

- Jäcker, Hans Die Einigungsstelle nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 1974
- Jacobi, Erwin Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe
in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926, 1927, S. 1
- Grundlehren des Arbeitsrechts 1927
- Kaiser, Eberhard Die sog. Betriebsjustiz im Lichte der staatlichen Rechtspflege BB 66,1107
- Kammann, Karl-Udo - Hess, Harald - Schlochauer, Ursula Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 1979
- Karakatsanis, Alexander Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen 1963
- Kaskel, Walter Arbeitsrecht 1925
- Kehrmann, Karl - Pelikan, Wolfgang Lohnfortzahlungsgesetz 2. Aufl., 1973
- Kirchner, Dieter Die Sperrwirkung von Tarifvertrag und Tarifübung für die Verwirklichung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 BetrVG BB 72,1279
- Kittner, Michael Anm. zu BAG v. 23.9.75 im Anschluß an EzA zu § 50 BetrVG 72 Nr. 1 =(leicht gekürzt) Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates BStSozArbR 76,232
- Ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers auf Verlangen des Arbeitgebers Diss.
- Klebe, Thomas Technischer Wandel und Schutz vor Verhaltenskontrollen AiB 81,170
- Koch, Jürgen Die Arbeitsordnung 3. Aufl., 1963
- Artikel "Arbeitsordnung" in: Gaugler (Hrsg.) Handwörterbuch des Personalwesens, 1975

- Konzen, Horst Anm. zu BAG vom 5.12.75
im Anschluß an AP Nr. 1 zu
§ 87 BetrVG 72 Betriebsbuße
- Tarifvertragliche und innerbe-
triebliche Normsetzung
BB 77,1307
- Körnig, Jürgen Anm. zu BAG vom 6.4.76
SAE 77,42
- Kretzschmar, Alfons Das Mithören von Telefongesprächen
im Betrieb
BB 59,1068
- Kreutz, Peter Grenzen der Betriebsautonomie
1979
- Küchenhoff, Günther Anm. zu BVerwG vom 11.11.60
im Anschluß an AP Nr. 2 zu
§ 66 BPersVG
- Lappe, Marlies Die Mitbestimmung in sozialen
Angelegenheiten
ArbRGgw, Band 16 (1978),55
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch
10. Aufl., §§ 123,124
1979
- Leydhecker, E. G. Die Arbeitsordnung
BlStSozArbR 48,69
- Lieb, Manfred Die Mitbestimmung des Betriebs-
rats bei der Festsetzung von
Arbeits- und Öffnungszeiten in
Betrieben des Handels
DB 81, Beil. 17
- Löwisch, Manfred Der Erlaß von Rauchverboten zum
Schutz vor Passivrauchen am Ar-
beitsplatz
DB 79, Beil. 1
- Möglichkeiten und Grenzen der
Betriebsvereinbarung
AuR 78,97
- Regelung sozialer Angelegenheiten
in Betrieben ohne Betriebsrat
BB 61,1200
- Luhmann, Ulrich Betriebsjustiz und Rechtsstaat
1975
- Maass, Friedrich Die Rechtsgrundlagen des industri-
ellen Werkschutzes
DB 65,144

<u>Marienhagen, Rolf</u>	Krankheit im Arbeitsrecht 4. Aufl., 1980
<u>Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman - Scholz, Rupert</u>	Grundgesetz Kommentar Loseblattausgabe Stand Sept. 80
<u>Maurer, Kurt</u>	Das Direktionsrecht des Arbeit- gebers AuR 56,137
<u>Maus, Wilhelm</u>	Tarifvertragsgesetz Kommentar 1956
<u>Mayer-Maly, Theo</u>	Die Zuständigkeit des Gesamtbe- triebsrats RdA 69,223
<u>Medicus, Dieter</u>	Allgemeiner Teil des BGB 1982
<u>Meisel, Peter</u>	Anm. zu BAG vom 5.12.75 SAE 77,91
<u>Meissinger, H.</u>	Begriffsklärung zum Mitbestim- mungsrecht RdA 50,41
<u>Meyers</u>	Enzyklopädisches Lexikon Band 24, 1979
<u>Michaelis, Hans Peter - Oberhofer, Herrmann - Rose, Gunter</u>	Arbeitsordnung, Betriebsjustiz, Torkontrollen BetrR 82,77
<u>Mitbestimmung</u>	im Unternehmen Bericht der Sachverständigenkom- mission zur Auswertung der bis- herigen Erfahrungen bei der Mit- bestimmung, 1970 = BT DrS VI/334
<u>Moll, Wilhelm</u>	Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Entgelt 1977
-	Der Tarifvorrang im Betriebsver- fassungsgesetz 1980
-	Telefondatenerfassung und be- triebliche Mitbestimmung DB 82,1722

- Monjau, H. Die Mitbestimmung bei Arbeitskontrollgeräten
BB 64,887
- Die Zulässigkeit von Arbeitskontrollgeräten am Arbeitsplatz
BB 64,224
- Müller, Gerhard Gedanken zum Begriff des leitenden Angestellten i. S. d.
§ 5 Abs. 3 BetrVG
DB 81, Beil. 23
- Das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte nach Kontrollratsgesetz Nr. 22 (Betriebsrätegesetz)
BB 48,106
- Die Stellung des Gesamtbetriebsrats und des Konzernbetriebsrats nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
in: Recht und Staat, Festschrift für Günther Küchenhoff, 1972, S. 283
- Mummenhoff, Winfried Rauchen am Arbeitsplatz
RdA 76,364
- v.Münch, Ingo Grundgesetz
Kommentar
Band 1, 1974
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1, 1978
- Musa, Wilhelm Arbeits- und verfassungsrechtliche Grenzen bei der Einführung mechanischer Arbeitskontrollgeräte
AuR 61,357
- Muster für eine Arbeitsordnung
hrsg, Landesvereinigung der industriellen Arbeitgeberverbände
Nordrhein-Westfalens
7. Aufl. 1977
- Musterarbeitsordnung der IG-Chemie
3. Aufl.
abgedruckt BetrR 76,152
- Neudel, Fritz Zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Einführung von Verfahren vorbestimmter Zeiten
AuR 75,143

- Neumann-Duesberg, Horst Anm. zu BAG vom 29.5.64
im Anschluß an AP Nr. 24 zu
§ 59 BetrVG 52
- Betriebsverfassungsrecht
1960
- Das betriebliche Singverbot
DB 66,74
- Nickel, Egbert Anm. zu BAG vom 14.11.74
AuR 75,254
- Nikisch, Arthur Arbeitsrecht
Band 1, Allgemeine Lehren und
Arbeitsvertragsrecht
3. Aufl., 1961
- Arbeitsrecht
Band 3
2. Aufl., 1966
- Das Direktionsrecht des Arbeit-
gebers und seine Grenzen
BB 50,538
- Die Mitwirkung und Mitbestimmung
des Betriebsrates in sozialen
Angelegenheiten
BB 53,175
- Oertmann, Paul Die rechtliche Natur der Arbeits-
ordnung
in: Festgabe für Bernhard Hübler,
1905, S. 9
- Ossberger, Karl-Friedrich Betriebliche Kontrollen, ihre
Voraussetzungen und Grenzen
1981
- Passivrauchen am Arbeitsplatz
Bestandsaufnahme und Analyse aus
medizinischer und juristischer
Sicht
1978
- Peterek, R. Anm. zu BAG vom 18.1.80
im Anschluß an EzA § 1 KSchG
Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7
- Pfarr, Heide Anm. zu BAG vom 30.1.79
im Anschluß an AP Nr. 2 zu
§ 87 BetrVG 72 Betriebsbuße
- Pleyer, Klemens Anm. zu BAG vom 5.2.65
SAE 65,195

- Rancke, Friedbert Betriebsverfassung und Unternehmenswirklichkeit
1982
- Reichel, Hans Tarifvertragsgesetz
Kommentar
5. Aufl., einschließl. Erg. 82
- Reuß, Wilhelm Anm. zu BAG vom 12.9.67
AuR 68,126
- Reuter, Dieter Anm. zu BAG vom 14.11.74
SAE 76,14
- Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit von Ladenangestellten
ZfA 81,165
- Rewolle, Hans-Dietrich Die Abmahnung im Arbeitsverhältnis
DB 76,774
- Die Nebenbeschäftigung im Arbeitsrecht
Eine Erwiderung (zu Gift BB 59,43)
BB 59,670
- Richardi, Reinhard Anm. zu BAG vom 9.10.70
im Anschluß an AP Nr. 4 zu
§ 63 BetrVG (52)
- Anm. zu BAG vom 13.3.73
im Anschluß an AP Nr. 1 zu
§ 87 BetrVG 72 Werkmietwohnungen
- Betriebsverfassung und Privatautonomie
1973
- Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses
1968
- Der Mitbestimmungsgedanke in der Arbeitsrechtsordnung
ArbRGw Band 13 (1975), S. 19
- Rohde, Helmut Die gesellschaftspolitischen Erwartungen des Gesetzgebers an das neue Betriebsverfassungsgesetz
MitbestGespr 72,155
- Rose, Gunter Anm. zu BAG vom 5. 12.75
BetrR 76,180

Rose, Gunter - Söhnholz,
Günther

Typische Beispiele von arbeitsrechtlich bedenklichen oder übermäßig einengenden Formulierungen in Arbeitsordnungen
BetrR 76,164

Rumpff, Klaus

Anm. zu BAG vom 25.2.66
MitbestGespr 66,174

Rüthers, Bernd

Anm. zu BAG vom 14.12.66
im Anschluß an BAG AP Nr. 27
zu § 59 BetrVG (52)

-

Die unbegrenzte Auslegung
Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus
1968

-

Betriebsverfassungsrechtliches
Mitbestimmungsrecht und Individualbereich
in: Rüthers/Boldt Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, 1970,
S. 7

-

Rechtsprobleme des Zeitlohns an
taktgebundenen Produktionsanlagen
ZfA 73,399

Rüthers, Bernd - Germelmann,
Claas-Hinrich

Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates beim Übergang zur bargeldlosen Entlohnung
DB 69,2034(I), 2084 (II)

Säcker, Franz-Jürgen

Inhaltliche Grenzen der Betriebs- und Dienstvereinbarungsautonomie
AR-Blattei D Betriebsvereinbarung I
v. 15.1.79

-

Die Betriebsvereinbarung
AR-Blattei D Betriebsvereinbarung I
v. 15.2.79

-

Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis
ZfA Sonderheft 72,41

Schäcker, Hanns

Arbeitsrechtliche Fragen bei Einsatz eines "Produktographen"
DB 61,914

Schall, Hero

Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch
1974

- Schaub, Günther Arbeitsrechtliche Formularsammlung und Arbeitsgerichtsverfahren
3. Aufl., 1982
- Arbeitsrechts-Handbuch
4. Aufl., 1980
- Schelp Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung im Rahmen von § 56 des Betriebsverfassungsgesetzes (I)
DB 62,1242
- Schimana, Rudolf Festsetzung der Altersgrenze für Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarung
BB 70,1138
- Schirdewahn, Gerhard Anm. zu BAG vom 24.11.82
BB 82,1422
- Schleißmann, Karl Arbeitsordnung
2. Aufl., 1980
- Schlochauer, Ursula Mitbestimmungsfreie Abmahnung und mitbestimmungspflichtige Betriebsbuße
DB 77,254
- Schlüter, Wilfried Die Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG n. F.)
DB 72,92 (I),139 (II)
- Schlüter, Wilfried - Belling, Detlev Anm. zu BAG vom 24.3.81
SAE 82,206
- Schlüter, Wilfried - Dudenbostel, Karl Das "Haus- und Ordnungsrecht" bei Betriebsversammlungen
DB 74,2350
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno - Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
5. Aufl., 1980
- Schnorr, Gerhard Bemerkungen zum Disziplinarrecht des Arbeitgebers
RdA 68,452
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig Anm. zu BAG vom 13.7.62 im Anschluß an AP Nr. 1 zu § 242 BGB
- Anm. zu BAG vom 28.9.62 im Anschluß an AP Nr. 14 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG

- Schönke, Adolf - Schröder, Horst Strafgesetzbuch
Kommentar
20. Aufl., 1980
- Schumann, Ekkehard Abschied von der Betriebsjustiz
in: Gedächtnisschrift für Rolf
Dietz, 1973,
S. 323
- Schwarz, Hansjürgen Rauchverbot im Betrieb
AR-Blattei D Rauchverbot I
v. 15.5.76
- Schwarz, Mathias Die Reichweite des Mitbestimmungs-
rechts des Betriebsrates bei Ein-
führung und Anwendung technischer
Kontrolleinrichtungen
(§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)
DB 83,226
- Schwerdtner, Peter Anm. zu LAG Baden-Württemberg
vom 28.2.80
im Anschluß an EzA zu § 87 BetrVG 72
Initiativrecht Nr. 4
- Siebert, Wolfgang Grundgedanken der Betriebsverfas-
sung
RdA 58,161
- Kollektivnorm und Individualrecht
im Arbeitsverhältnis
in: Festschrift für Hans Carl
Nipperdey, 1955,
S. 119
- Sieg, Karl Anm. zu BAG vom 22.2.78
SAE 78,273
- Simitis, Spiros - Weiss, Manfred Zur Mitbestimmung des Betriebsrats
bei Kurzarbeit
DB 73,1240
- Sinzheimer, Hugo Grundzüge des Arbeitsrechts
2. Aufl., 1927
- Söllner, Alfred Anm. zu BAG vom 19.6.67
SAE 68,39
- Einseitige Leistungsbestimmung
im Arbeitsverhältnis
1966
- Mitbestimmung als Mitgestaltung
und Mitbeurteilung
in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht,
1979, S. 605

- Sommer, Herbert Anm. zu BAG vom 15.12.61
im Anschluß an Entsch. 5 AR-Blattei
Betriebsverfassung XIV B
- v. Stebut, Dietrich Die Zulässigkeit der Einführung
von Kurzarbeit
RdA 74,332
- Stege, Dieter - Weinspach,
F. K. Betriebsverfassungsgesetz
Handkommentar für die betriebliche
Praxis
4. Aufl., 1981
- Stein, Ekkehard Staatsrecht
6. Aufl., 1978
- Teuteberg, Hans Jürgen Geschichte der industriellen Mit-
bestimmung in Deutschland
1961
- Thiele, Wolfgang Anm. zu BAG vom 7.11.79
SAE 81,238
- Vielhaber, Otto Das Mitbestimmungsrecht des
Betriebsrates bei Regelung von
Akkord- und Stücklohnsätzen
BB 53,358
- Weber, Hansjörg Anm. zu BAG vom 26.5.77
im Anschluß an AP Nr. 5 zu § 611 BGB
Beschäftigungspflicht
- Weiss, Manfred Betriebsverfassungsgesetz
2. Aufl., 1980
- Wieacker, Franz Zur rechtstheoretischen Präzisierung
des § 242 BGB
1956
- Wiedemann, Herbert - Stumpf,
Hermann Tarifvertragsgesetz
5. Aufl., 1977
- Wiese, Günther Anm. zu BAG vom 5.12.75
im Anschluß an EzA zu § 87 BetrVG 72
Betriebliche Ordnung Nr. 1
- Das Initiativrecht nach dem Betriebs-
verfassungsgesetz
- Wittke, Manfred Die Beteiligungsrechte des Betriebs-
rats im sozialen Bereich
1981
- Wohlgemuth, Hans Anm. zu BAG vom 9.12.82
AuR 82,40

Worm, Kurt

Muster für Arbeitsordnungen,
Betriebsvereinbarungen und für
die Unterrichtung des Betriebs-
rats
1965

Zigan, Herbert

Betriebsvereinbarungen nach
Kontrollratsgesetz Nr. 22
(Betriebsrätegesetz)
1948

Zöllner, Wolfgang

Betriebsjustiz
ZZP 70,365

-

Das Rauchverbot
DB 57,117

-

Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG
in: Festschrift für H. C.
Nipperdey, Band 2, 1965,
S. 699

1. Teil Einleitung

1. Was ist eine Arbeitsordnung ?

In vielen Betrieben gelten Arbeits- oder Betriebsordnungen. Untersuchungen über das Vorkommen solcher Arbeits- und Betriebsordnungen wurden im Zusammenhang mit der Erforschung der Betriebsjustiz angestellt. Im Rahmen eines Forschungsprojekts über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben¹⁾ wurde auch die Frage gestellt, ob der befragte Betrieb eine Arbeitsordnung besitze. 29 % der Betriebe gaben an, eine Arbeits- oder Betriebsordnung zu haben. Bei Betrieben mit 500 und mehr Arbeitnehmern waren es aber immerhin schon 60 %.²⁾ Daraus läßt sich schließen, daß für einen erheblichen Teil der Arbeitnehmer Arbeits- oder Betriebsordnungen gelten.

Entsprechend dieser Verbreitung gibt es eine Reihe von Mustern, die Betriebsleitungen und Betriebsräten Hilfeleistung bei der Abfassung von Arbeitsordnungen geben sollen.³⁾

1) Die Ergebnisse dieses Projekts wurden in dem Band "Betriebsjustiz: Untersuchungen über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben/ hrsg. von Günther Kaiser und Gerhard Metzger-Pregizer.- Berlin, 1976" veröffentlicht.

2) Feest in Betriebsjustiz, S. 56

3) Bensinger Muster einer Arbeitsordnung und anderer Betriebsvereinbarungen über soziale Angelegenheiten, 1975
Koch Die Arbeitsordnung, 3. Aufl., 1963
Muster für eine Arbeitsordnung, hrsg. von der Landesvereinigung der industriellen Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalens, 7. Aufl., 1977
Musterarbeitsordnung der IG-Chemie, 3. Aufl., abgedruckt BetrR 76,152
Schaub Arbeitsrechtliche Formularsammlung und Arbeitsgerichtsverfahren, 3. Aufl., S. 160
Schleßmann Arbeitsordnung, 2. Aufl., 1980
Worm Muster für Arbeitsordnungen, Betriebsvereinbarungen und für die Unterrichtung des Betriebsrats; Sonderheft 124, Rechtsarchiv der Wirtschaft, 1965

Eine ihrer tatsächlichen Bedeutung entsprechende wissenschaftliche Beachtung finden Arbeitsordnungen dagegen nicht.¹⁾ Soweit den Mustertexten noch Erläuterungen hinzugefügt werden, spielen darin hauptsächlich praktische Erwägungen eine Rolle. Der Nützlichkeit der einzelnen Regelungen wird größere Beachtung geschenkt als der Frage, ob sie rechtmäßig sind und wie sie zustandekommen.

Die ausführlichste Abhandlung, die Monographie von Koch, "Die Arbeitsordnung", ist 1963 in 3. Auflage zum letzten Mal erschienen. Hromadka's Schrift "Die Arbeitsordnung im Wandel der Zeit" von 1979 beschreibt die Arbeitsordnung ausschließlich aus historischer und rechtstatsächlicher Sicht.

Der Grund für diese Enthaltsamkeit der Wissenschaft kann darin liegen, daß es keine klare Abgrenzung der Arbeitsordnung gibt.

Diese Abgrenzungsschwierigkeiten traten mit Erlaß des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. 10. 52²⁾ auf. Seit dieser Zeit taucht der Begriff "Arbeitsordnung" oder auch "Betriebsordnung" in keinem Gesetz im Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes mehr auf. Gemäß § 90 des BetrVG 52 traten die Gesetze und Verordnungen der Länder, die sich mit der betrieblichen Mitbestimmung befaßten, außer Kraft. Im neuen BetrVG des Bundes war keine Bestimmung über Arbeits- bzw. Betriebsordnungen enthalten.

Mit Erlaß dieses Gesetzes wurde die Verwendung der Bezeichnungen "Arbeits-" und "Betriebsordnung" uneinheitlich. Vorher entsprachen die Bezeichnungen der Terminologie der geltenden

1) Baumann in Betriebsjustiz, S. 398
Hromadka ArbO im Wandel, S. 2

2) BGBI I, S. 681; im folgenden BetrVG 52

Gesetze. Sie wurden daher auch nur im Sinn dieser Gesetze gebraucht. Soweit sie vor Inkrafttreten des BetrVG 52 vorkommen, beziehen sie sich auf die Regelung der geltenden Gesetze.¹⁾

Wie sich teilweise ausdrücklich, teilweise aus dem Kontext dieser Vorschriften ergibt, ist damit übereinstimmend eine schriftliche Zusammenfassung von generellen Regelungen auf Betriebsebene gemeint. Thema und Inhalt dieser Regelungen werden allerdings nur zum Teil angesprochen.²⁾

1) vgl. für Arbeitsordnung:

GewO v. 21. 6. 69 i.d.F. des ArbeiterschutzG v. 1.6.91 (RGBI, S. 261) - §§ 134 a - 134 m
BRG v. 4. 2. 20 (RGBI, S. 147) - §§ 78 Nr. 3, 80; im folgenden wird dieses Gesetz mit BRG 1920 bezeichnet.
VO ü. d. Betriebsräte im Saarland v. 1.8.47 (ABl Verw.Kommission, S. 293) - §§ 7 Nr. 8, 64
BRG Hessen v. 31.5.48 (GVBl, S. 117) - § 35 I b
G ü. die Beteiligung der AN Württemberg-Baden v. 18.8.48 (RegBl, S. 136) - § 17 I Nr. 2
Bremisches BRG v. 10.1.49 (GBI, S. 7) - §§ 33 Nr. 2 u. 3.
34
BRG Bayern v. 25.1.50 (GVBl, S. 227) - §§ 81 - 90

vgl. für Betriebsordnung

AOG v. 20.1.34 (RGBI I, S. 45) - §§ 6 II, 16, 19, 26ff
KRG Nr. 22 (ABl d. Kontrollr. Nr. 6, S. 133) - Art V
LVO ü. Errichtung und Tätigkeit v. BR Rheinland-Pfalz v. 15.5.47 (VOBl, S. 258) - § 37 Nr. 4
BRG Baden v. 24. 9. 48 (RegBl, S. 209) - § 21 I d
BRG Württemberg-Hohenzollern v. 21.5.49 (RegBl 49,153)
- §§ 66 a Nr. 1, 66 m - 66 r.

2) z. B. : GewO § 134 B ; BRG 1920 bezieht sich auf die GewO; BRG Württemberg-Hohenzollern § 66 m; BRG Bremen § 34; BRG Bayern § 82.

In den Ländern mag zum Teil die Vorstellung bestanden haben, die Vorschriften der GewO über die Arbeitsordnung seien durch die Aufhebung des AOG, das ihr Außerkrafttreten bewirkt hatte, wieder geltendes Recht. Vgl. die Bekanntmachung über den Erlaß von Arbeitsordnungen vom 2.2.48, VOBl Groß-Berlin 1948, S. 121

Soweit die Bezeichnungen "Arbeits-" und "Betriebsordnung" Erscheinungen aus der Zeit nach 1952 beschreiben, sind sie gleichzusetzen. Es wird kein Unterschied zwischen Arbeits- und Betriebsordnung gemacht.¹⁾

Die Bedeutung dieser Begriffe wechselt von nun an. Gelegentlich bezeichnen sie den Regelungsbereich des § 87 I Nr. 1 BetrVG v. 15.1.72²⁾ bzw. des gleichlautenden § 56 I lit. f BetrVG 52 oder eine Betriebsvereinbarung, die diesen Bereich umfaßt³⁾. Hueck-Nipperdey wollen damit eine Zusammenfassung von Betriebsvereinbarungen bezeichnen, die die Ordnung des Betriebes umfassen, und sie setzen dies mit den formellen Arbeitsbedingungen gleich.⁴⁾ Graeve rechnet dazu alle generellen Betriebsvereinbarungen über Arbeitsbedingungen und die Ordnung im Betriebe.⁵⁾

Nicht einmal die Zuordnung der Arbeitsordnung zu den Betriebsvereinbarungen ist ganz einheitlich, gelegentlich verbirgt sich hinter einer Arbeitsordnung auch ein Tarifvertrag⁶⁾ oder -noch seltener- eine einzelvertragliche Regelung⁷⁾. Regelmäßig ist die Arbeitsordnung aber eine Betriebsvereinbarung mit einem bestimmten Themenkreis. Für sie gelten deshalb die allgemeinen Regeln über Betriebsvereinbarungen.

Eine gesetzliche Sonderbewertung der Betriebsvereinbarung "Arbeitsordnung" gibt es nicht. Man kann deshalb auch die

-
- 1) Die "Dienstordnung" ist eine Erscheinung aus dem Bereich der Unfall- und Krankenversicherungsträger. Sie regelt die allgemeinen Arbeitsbedingungen der Beschäftigten der Versicherungsträger (§§ 352, 690 RVO). Diese Dienstordnungen werden von den Selbstverwaltungsorganen erlassen.
 - 2) BGBI I, S. 13; im folgenden Text sind §§ ohne nähere Bezeichnung Vorschriften aus diesem Gesetz.
 - 3) Hessel DB 53, S. 801 (801)
 - 4) Lb II,1 S. 11
 - 5) Arbeitsordnung, S. 24
 - 6) Z.B. in der Entscheidung BAG v. 8.3.61/AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko
 - 7) Z.B. in der Entscheidung ArbG Marburg/Lahn v. 27.11.62/AP Nr. 20 zu § 611 BGB Lehrverhältnis

Frage stellen, ob die gesonderte Behandlung der Arbeitsordnung überhaupt sinnvoll ist.¹⁾ Es ist schließlich rechtlich ohne Bedeutung, ob ein Lohnabtretungsverbot oder die bargeldlose Lohnzahlung in einer Arbeitsordnung oder in einer anders bezeichneten Betriebsvereinbarung enthalten sind. Andererseits ist der Standpunkt, man dürfe nur von Rechtsinstituten ausgehen, wenig praktisch. Die Arbeitsordnung ist eine im Betriebsleben häufige Erscheinung. Bei inhaltlicher Verschiedenheit im einzelnen weisen Arbeitsordnungen im wesentlichen gemeinsame Themen auf. Es ist durchaus sinnvoll und auch in einer wissenschaftlichen Untersuchung zulässig, den typischen Inhalt eines rechtlich nicht umrissenen Regelwerks zum Gegenstand einer rechtlichen Würdigung zu machen.

Auch ohne Pflicht zur Aufstellung und ohne rechtliche Sonderbewertung blieb die Arbeitsordnung als besondere Erscheinungsform der Betriebsvereinbarung erhalten. Es werden immer noch Betriebsvereinbarungen, die den Titel "Arbeitsordnung" tragen, abgeschlossen und sie sind durch ihren typischen Inhalt von sonstigen Betriebsvereinbarungen unterscheidbar.

Die Arbeitsordnungen sind zwar in ihrem Inhalt keineswegs identisch, gemeinsam ist ihnen aber, daß sie als eine Grundlage der betrieblichen Zusammenarbeit angelegt sind und häufig wiederkehrende Sachverhalte regeln. In dem übergreifenden Begriff "Arbeitsordnung" drückt sich schon aus, daß hier keine Detailregelungen und Einzelfragen angesprochen werden. Aus diesem gemeinsamen Zweck der Arbeitsordnungen und aus ihrer gemeinsamen Wurzel, der Arbeitsordnung im Sinne der GewO, ergibt sich ein weitgehend gemeinsamer Regelungskanon. Die Arbeitsordnungen sind zwar nicht gleich, aber sie haben einen gemeinsamen Kern von Themen und eine ganze Anzahl von in verschiedenen Arbeitsordnungen gleich-

1) So Bovensiepen AuR 54, S. 347 in der Bespr. der 1. Aufl. der "Arbeitsordnung" von Koch.

lautenden Regelungen.

Wenn hier die Arbeitsordnung zum Thema gemacht wird, so handelt es sich um die Regelungen, die in als Arbeitsordnung bezeichneten Betriebsvereinbarungen typischerweise enthalten sind. Hier geht es also zwar um das Recht der Betriebsvereinbarung, jedoch sollen speziell die Probleme erörtert werden, die sich beim Erlaß einer Arbeitsordnung ergeben.

2. Der Inhalt von Arbeitsordnungen

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß es keinen zwingenden einheitlichen Inhalt der Arbeitsordnung gibt. Es läßt sich lediglich ein typischer Regelungsgehalt beschreiben.

Einheitlich finden sich in den Arbeitsordnungen ganz ähnliche Kapitelüberschriften. In der Regel beginnt die Arbeitsordnung mit einem allgemeinen Teil, der den Geltungsbereich der Arbeitsordnung, die Feststellung, daß die Arbeitsordnung verbindlich ist, und eine Pflicht zur Aushändigung eines Exemplars der Arbeitsordnung enthält. Die Schlußbestimmungen enthalten zumeist Vorschriften über die zeitliche Geltung der Arbeitsordnung, insbesondere die Kündigungsfrist.

Außer diesen gemeinsamen Vorschriften sind Kapitelüberschriften wie Beginn des Arbeitsverhältnisses, Ende des Arbeitsverhältnisses, Ordnung und Verhalten im Betrieb, Arbeitszeit, Urlaub, Arbeitsversäumnis, Arbeitsentgelt, Unfallverhütung und Gesundheitsschutz allgemein verbreitet. Den Abschluß machen zumeist Ordnungsmaßnahmen. Seltener sind Abschnitte über betriebliches Vorschlagswesen und Sozialleistungen.¹⁾

1) Koch nennt im Artikel "Arbeitsordnung" im "Handwörterbuch des Personalwesens" elf Punkte, unter die man die Bestimmungen einer Arbeitsordnung einordnen kann: a) Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses, b) Allgemeine Rechte und Pflichten, c) Arbeitszeit, Pausen, d) Arbeitsentgelt (Lohn und Gehalt), e) Arbeitsversäumnis, Urlaub, f) Allgemeine Ordnung des Betriebes, g) Unfall- und Schadensverhütung, Gesundheit, h) Verbesserungsvorschläge und Erfindungen, i) Soziale Einrichtungen, k) Pflichtverletzungen, Ordnungsstrafen, l) Schlußbestimmungen

Die Vorschriften über den Beginn des Arbeitsverhältnisses enthalten in der Regel Einzelheiten über Bewerbungsunterlagen und Auskunftspflichten des Bewerbers. Häufig ist eine Bestimmung mit der Verpflichtung, den Arbeitsvertrag schriftlich abzuschließen. Manchmal enthält dieser Abschnitt auch eine Pflicht des Arbeitnehmers, sich ärztlich untersuchen zu lassen. Ansonsten finden sich in diesem Abschnitt auch häufig allgemeine Pflichten, die nicht an den Beginn des Arbeitsverhältnisses geknüpft sind, insbesondere Meldepflichten.

Dem Ende des Arbeitsverhältnisses ist zwar nicht in allen Arbeitsordnungen ein eigener Abschnitt gewidmet, jedoch wird dieses Thema immer berührt. Geregelt ist hier namentlich die Kündigung, für die über das Gesetz hinausgehende Form- und Verfahrensvorschriften aufgestellt werden. Häufig ist auch die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Vollendung des 65. Lebensjahrs und die beispielhafte Aufzählung von Gründen für eine fristlose Kündigung. Weiter wird festgelegt, daß der ausscheidende Arbeitnehmer Firmeneigentum, das sich in seinem Besitz befindet, zurückzugeben hat.

Räumlich großes Gewicht haben die Vorschriften über Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer. In dem so überschriebenen Abschnitt finden sich die Rauch- und Alkoholverbote (bzw. -einschränkungen), Vorschriften über das Betreten und Verlassen des Betriebes, Bestimmungen, wo sich der Arbeitnehmer im Betrieb aufhalten darf, Benutzung von Kontroll-einrichtungen, Vorschriften über eingebrachte Sachen der Arbeitnehmer, pfleglichen Umgang mit Betriebsmitteln und Sauberkeit. Zumeist werden auch Handel, Verteilen von Flugschriften, Plakatkleben und ähnliche auf Meinungsbildung abzielende Aktivitäten ausdrücklich behandelt.

Die Regelungen über die Arbeitszeit weisen zunächst daraufhin, daß sich die Dauer der Arbeitszeit aus den tariflichen Vorschriften ergibt und daß Beginn und Ende sowie die Pausen

im Einvernehmen mit dem Betriebsrat festgelegt werden. Lediglich hinweisenden Charakter haben regelmäßig auch die Vorschriften über Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Häufig werden Weiterarbeitspflichten für den Fall begründet, daß ein ablösender Arbeitnehmer nicht rechtzeitig eintrifft.

Das Kapitel über den Urlaub ist regelmäßig kurz. Es wird darauf verwiesen, daß sich die Gewährung des Urlaubs nach den gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen richtet. Häufig wird erwähnt, daß im Einvernehmen mit dem Betriebsrat Betriebsferien festgelegt werden können.

Der Urlaub wird oft in einem Abschnitt mit dem Arbeitsversäumnis behandelt. In diesem Abschnitt werden dann auch für den Fall des Arbeitsversäumnisses Melde- und Nachweispflichten festgelegt.

Wie bei den Regelungen über die Arbeitszeit, Urlaub und Arbeitsversäumnis wird auch bei den Regelungen über das Arbeitsentgelt auf gesetzliche und tarifliche Vorschriften verwiesen. An eigenständigen Regelungen erfolgt hier die Festlegung von Terminen für die Entgeltzahlung und die Abrechnung. Häufig wird ein Abtretungsverbot festgelegt.

Die Vorschriften über Gesundheitsschutz und Schadensverhütung beginnen zumeist, indem eine Pflicht zur Einhaltung bestehender Sicherheitsbestimmungen aufgestellt wird. Häufig enthält dieses Kapitel auch Meldepflichten für den Fall, daß das Drohen eines Schadens entdeckt wird. Außerdem werden Pflichten für das Verhalten bei einer konkreten Gefahr aufgestellt.

Für Verstöße gegen die Arbeitsordnung sind regelmäßig Sanktionen vorgesehen.¹⁾ Hierbei besteht zumeist ein Stufen-

1) Vgl. hierzu Baumann in Betriebsjustiz, S. 397ff

system. Die Bezeichnungen der einzelnen Sanktionen wechseln. Nach heute gängiger Nomenklatur würde man die erste Stufe als Verwarnung bezeichnen. Diese Verwarnung kann auch abgestuft werden. Als nächste Stufe ist gelegentlich eine Geldbuße vorgesehen. Die Kündigung dürfte heute nur noch selten bei der Aufzählung der Sanktionen zu finden sein.

Regelungen über das betriebliche Vorschlagswesen und über Sozialleistungen werden nicht allzu häufig innerhalb der Arbeitsordnung geregelt. Es wird dann darauf hingewiesen, daß Verbesserungsvorschläge gemacht werden können. Auch die Möglichkeit einer Vergütung wird erwähnt. Noch seltener als Regelungen über das Vorschlagswesen sind Regelungen über soziale Leistungen. Hier kommen Zuwendungen zu unterschiedlichen Gelegenheiten in Betracht.

Die Übersicht über die Themen und einige besonders häufige Regelungen der Arbeitsordnung macht deutlich, daß es sich hierbei um eine besonders umfangreiche und vielfältige Betriebsvereinbarung handelt. Es besteht die Tendenz die wichtigsten Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in die Arbeitsordnung aufzunehmen. Daraus erklärt sich auch, daß es in Arbeitsordnungen außerordentlich viele Vorschriften ohne eigenen Regelungsbereich gibt. So enthalten etwa die Vorschriften über Urlaub und Arbeitsversäumnis häufig überhaupt keine eigene Regelung und daher können sie allenfalls teilweise in Zusammenhang mit den Vorschriften über Sanktionen eigene Bedeutung entfalten. In allen Arbeitsordnungen wird häufig auf gesetzliche und tarifliche Regelungen verwiesen¹⁾ oder es wird die auch ohne Betriebsvereinbarung bestehende Rechtslage dargelegt²⁾. Nur ein Teil der Vorschriften der Arbeitsordnungen sind damit echte Regelungen in dem Sinn, daß sie eine Rechtslage gestalten. In diesem Teil sind aber viele für die Arbeitnehmer wesentliche Bestimmungen enthalten.

1) Z.B.: Die Vergütung bei Arbeitsversäumnis aus besonderem Anlaß erfolgt nach den gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen.

2) Z.B.: Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der Frist, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

3. Probleme beim Zustandekommen einer Arbeitsordnung

Da es sich bei der Arbeitsordnung lediglich um eine Erscheinungsform der Betriebsvereinbarung handelt, sind die Probleme bei der Vereinbarung zunächst einmal die gleichen, die bei jeder Betriebsvereinbarung auftreten. Eine Arbeitsordnung hat wie jede andere Betriebsvereinbarung, abgesehen von den Erfordernissen der Form und des Verfahrens, weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen. Zunächst muß sie von denjenigen Personen oder Gremien abgeschlossen werden, die dafür zuständig sind.

Zum zweiten muß die Betriebsvereinbarung der Regelungsmacht der Betriebsvereinbarungsparteien unterliegen. Diese Regelungsmacht ist nicht unbegrenzt. Die Einhaltung der Grenzen muß beachtet werden. Hierbei unterscheidet man zwischen inhaltlichen und funktionellen¹⁾ oder Innen- und Außenschränken²⁾. Diese Begriffe sind inhaltlich nicht völlig gleichzusetzen, im wesentlichen stimmen aber inhaltliche und Innenschränken sowie funktionelle und Außenschränken überein. Im folgenden werden die Bezeichnungen Innen- und Außenschränken gebraucht. Dabei betreffen Außenschränken die Grenzen, die dem Aufgabenbereich des Betriebsrats entsprechen. Sie sind überschritten, wenn Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden, deren Thema in keiner Beziehung zu den Aufgaben des Betriebsrats steht. Die Innenschränken betreffen dagegen die Ausgestaltung der Regelung im einzelnen.

So ist etwa die Frage, ob durch Betriebsvereinbarung eine Kleiderordnung erlassen werden darf, eine Frage, die die Außenschränken, nämlich das Thema der Rechtssetzung, betrifft. Bei der Ausgestaltung dieser Regelung ist dann die Einhaltung der inneren Schranken zu beachten, die vorgeschriebene Kleidung darf zum Beispiel nicht lächerlich oder gesundheitsgefährdend sein,

1) Canaris AuR 66,129

2) Säcker AR-Blattei Betriebsvereinbarung I, CIII 1 und Betriebsvereinbarung III, B, C

Die Außenschranken und die Innenschranken sind nicht immer zu trennen. So können sie insbesondere bei Eingriffen in die Individualsphäre der Arbeitnehmer ineinanderübergehen.¹⁾

Ferner ist noch zu fragen, ob der Betriebsvereinbarung ein Tarifvorbehalt entgegensteht.²⁾

4. Die Bedeutung der Rechtsgrundlage

Wenn über die Aufnahme einer Vorschrift in die Arbeitsordnung kein Streit besteht, dann sind mit der Überprüfung der erwähnten Wirksamkeitsvoraussetzungen die Probleme erschöpft. Liegen die Voraussetzungen vor, kann eine gemeinsame Regelung erfolgen.

Besteht aber über die Aufnahme einer Vorschrift in die Arbeitsordnung Streit, so ist die Rechtsgrundlage dieser Vorschrift wesentlich, weil von ihr die Möglichkeit abhängt, die Entscheidung einer Einigungsstelle herbeizuführen. Die wichtigste Rechtsgrundlage für Regelungen, bei denen diese Möglichkeit besteht, ist § 87 I. Entscheidungen über die dort aufgeführten Fragen können erzwungen werden (§ 87 II). Sonstige Fragen, über die eine Regelung erzwungen werden kann (§§ 91, 95 II, 98 sowie eine Reihe von Organisationsvorschriften), kommen in Arbeitsordnungen nicht vor.

Sobald nur eine Seite an einer Regelung interessiert ist, ist deshalb von entscheidender Bedeutung, ob sie ein Thema

1) Für arbeitsfreie Zeit: Blomeyer FS BAG, S. 17 (28)

2) Kreutz Grenzen, S. 4, rechnet den Tarifvorbehalt zu den Innenschranken. Ich neige dazu, ihn zu den Außenschranken zu rechnen, da er nicht den Inhalt der Regelung, sondern bereits den Aufgabenbereich betrifft. Auf die Katalogisierung des Vorbehalts kommt es aber nicht an.

des § 87 I betrifft. Aber auch die schon erwähnten Wirksamkeitsvoraussetzungen hängen von der Rechtsgrundlage ab. So ist eine Regelung aus dem Themenbereich des § 87 I an dem in § 87 I enthaltenen Tarifvorbehalt zu messen, eine Regelung, die nicht in diesen Themenbereich fällt, ausschließlich an § 77 III.

Aber auch für die Frage der Außenschranken ist die Rechtsgrundlage wesentlich. Gehört eine Frage zu den Themen des § 87 I, so bestehen an der betrieblichen Zuständigkeit auf Grund der ausdrücklichen Zuweisung durch den Gesetzgeber keine Bedenken.

Auch für die Frage, welches Betriebsratsgremium zuständig ist, ist die Rechtsgrundlage nicht unerheblich. Bei dieser Frage ist nämlich, wie unten zu zeigen ist, zwischen Materien, bei denen die Mitbestimmung freiwillig ist, und solchen, die der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegen, zu differenzieren.

Da die Rechtsgrundlage somit nicht nur für die Erzwingbarkeit einer Entscheidung ausschlaggebend ist, sondern auch für einige Fragen der Wirksamkeit vorgreiflich ist, ist es angebracht, hier anzusetzen und zunächst nach der Rechtsgrundlage der Arbeitsordnung zu fragen.

5. Die Rechtsgrundlage für die Bestimmungen der Arbeitsordnung

Schon die Überschriften einiger Abschnitte der Arbeitsordnung weisen daraufhin, die Zuordnung der darin enthaltenen Regelungen zu den Tatbeständen des § 87 I zu prüfen. So deutet die Überschrift "Arbeitszeit" auf § 87 I Nr. 2 und 3 hin, die Überschrift "Arbeitsentgelt" auf § 87 I Nr. 4, "Gesundheitsschutz" und "Unfallverhütung" auf Nr. 7.

Schwieriger ist die Einordnung von Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsregeln, bei der Geheimhaltungspflicht und bei Haftungsfragen. Wie kann es eingeordnet werden, wenn eine Regelung getroffen wird, nach der eine Erklärung als zugegangen gilt, wenn der Arbeitnehmer es unterlassen hat, eine Adressenänderung zu melden ? Auch die Einordnung des Abtretungsverbots ist nicht unproblematisch. Solche Regelungen lassen sich allenfalls unter § 87 I Nr. 1 subsumieren, nach dem bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betriebe ein Mitbestimmungsrecht besteht.

Solche Vorschriften, die eventuell § 87 I Nr. 1 zuzuordnen sind, finden sich nicht nur in dem Abschnitt "Ordnung und Verhalten im Betriebe", sondern in der ganzen Arbeitsordnung verstreut. So enthalten die Vorschriften über Arbeitszeit zumeist den Hinweis, daß die Arbeitnehmer die Arbeit pünktlich antreten sollen, und gelegentlich auch die Verpflichtung, sich bei Verspätungen zu melden. Im Abschnitt "Arbeitsentgelt" sind häufig auch Regelungen über die Be-
anstandung der Gehaltsabrechnung enthalten.

Betrachten wir die Vorschriften im einzelnen, so geben viele zu Zweifeln an ihrer Erzwingbarkeit Anlaß. So gibt es zunächst eine Gruppe von Vorschriften, die ein Verhalten außerhalb des Betriebes und der Arbeitszeit betreffen. Hierzu gehören vor allem die schon erwähnten Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbote, die in unterschiedlichen Ausprägungen vorkommen. Die Geheimhaltungspflicht gehört nur teilweise in diesen Bereich, denn sie gilt in der Regel auch innerhalb des Betriebes. Als Unterfall der Geheimhaltungspflicht kann man das Verbot ansehen, etwas über den Betrieb zu veröffentlichen. Auch hier handelt es sich um außerbetriebliches Verhalten. Häufig kommen Regeln über private Beziehungen zu Kunden vor, insbesondere das Verbot, von Personen, zu denen geschäftliche Beziehungen bestehen, Geschenke anzunehmen. Bei allen diesen Regelungen

kann man Zweifel haben, ob sich diese Vorschriften aus § 87 I Nr. 1 ergeben können.

Auch bei Verhaltenspflichten, die innerhalb des Betriebes bestehen, können sich Zweifel erheben. So gibt es, wenn auch selten, selbst in Arbeitsordnungen, Pflichten, die die Arbeitsleistung betreffen. Ein Teil davon ist als Regel über die Dauer der Arbeitszeit einzustufen, z. B. die Regelung, daß Schichtarbeiter bei Ausbleiben ihres Nachfolgers weiterzuarbeiten haben. Aber auch Inhaltsbestimmungen kommen vor, so die, daß der Arbeitnehmer auch mit anderen als den arbeitsvertraglichen Aufgaben betraut werden kann und daß er die Pflicht hat, Bereitschaftsdienst zu übernehmen. Gerade die Frage, wieweit Leistungsverhalten von § 87 I Nr. 1 erfaßt werden kann, ist sehr problematisch.

Kritisch ist auch die Abgrenzung von Leistungs- und anderem Verhalten. Insbesondere sind die Pflichten schwer einzuordnen, die nicht die Arbeitsleistung selbst betreffen, aber noch in enger Beziehung zu ihr stehen. Sie betreffen die Vorbereitung der Arbeitsleistung oder sollen Gefahren verhüten, die bei der Arbeitsleistung bestehen. In Arbeitsordnungen sind hierzu in der Regel Vorschriften über die Behandlung der Arbeitsgeräte enthalten, z. B. die Pflicht, Geräte vor Aufnahme der Arbeit zu prüfen und sie nicht zu verändern.

Bestandteil jeder Arbeitsordnung sind auch Verhaltensvorschriften zum Schutz des Betriebsvermögens. Zum Teil handelt es sich zugleich um Sicherheitsbestimmungen, so daß der speziellere § 87 I Nr. 7 eingreifen kann. Das ist aber nicht durchgehend der Fall. So ist zumeist vorgeschrieben, daß die Arbeitsmaterialien sparsam einzusetzen sind. Die Mitnahme von Gegenständen ist vielfach untersagt. Auch die immateriellen Güter, die zum Betrieb gehören, werden geschützt. Häufig ist Filmen und Fotografieren auf dem Betriebsgelände ausdrücklich verboten. Hier kann es sich

um Anordnungen handeln, die auf einem Eigentums- oder Besitzrecht des Arbeitgebers beruhen, das unabhängig von der Mitbestimmung geltend gemacht werden kann. Wenn dies nicht der Mitbestimmung unterworfen ist, käme ebenfalls nur eine freiwillige Regelung in Betracht.

In allen Bereichen sind Kontrollen möglich. In Arbeitsordnungen ist eine Zeitkontrolle regelmäßig vorausgesetzt. Es sind aber auch Kontrollen zum Schutz des Betriebseigentums und des persönlichen Eigentums der anderen Arbeitnehmer vorgesehen. Bei diesen Kontrollmaßnahmen ist fraglich, ob die Mitbestimmung bei Einführung und Durchführung unabhängig davon gegeben ist, worauf sich die Kontrolle richtet.

Ebenso kritisch ist es mit der Regelung der Folgen von Verstößen gegen Verhaltensregeln. Sie stellen zwar selber keine Verhaltensregeln dar, stehen aber in engem Zusammenhang damit. Sehr umstritten ist hier die Erzwingbarkeit der sog. Bußordnungen.

Gelegentlich wird § 87 I Nr. 1 umschrieben als "Regeln über das Verhalten der Arbeitnehmer, soweit es die Ordnung des Betriebes betrifft". Sieht man den Inhalt des § 87 I Nr. 1 so, so kann die Begründung oder Ausgestaltung von Arbeitgeberpflichten nicht darunter fallen. Die Regelung der Sorge des Arbeitgebers für eingebbachte Sachen wäre keine Materie des § 87 I Nr. 1.

Es haben sich also schon bei überblicksweiser Durchsicht der Regelungsbereiche von Arbeitsordnungen eine ganze Reihe von Vorschriften ergeben, deren Unterordnung unter § 87 I Nr. 1 problematisch ist. Die Formulierung des Gesetzes ist schließlich sehr allgemein gehalten. Die Bedeutung der Begriffe "Ordnung" und "Verhalten" ist vielfältig. Würde man die Begriffe in ihrer umfassendsten Bedeutung gebrauchen, so könnte man unter "Ordnung des Betriebes" alles verstehen,

was im Betrieb zu ordnen ist, und unter "Verhalten der Arbeitnehmer" alles, was Arbeitnehmer im Betrieb tun und unterlassen. Letzten Endes ist dann kaum eine Regelung denkbar, die nicht dieser Vorschrift unterfällt. Dies entspricht aber nicht der Struktur des Betriebsverfassungsgesetzes, so daß sich das Problem einer sinnvollen, sich in das BetrVG einfügenden Auslegung des § 87 I Nr. 1 stellt.

Bei einer Reihe der in Arbeitsordnungen enthaltenen Regelungen hat sich die allgemeine Anschauung herausgebildet, daß sie unter § 87 I Nr. 1 fallen. Dazu gehören vor allem die meisten der unter der Überschrift "Verhalten und Ordnung im Betriebe" zusammengefaßten Normen. Für andere Fragen findet sich keine oder kaum eine Aussage.

Dennoch liegt es bei einer ganzen Reihe verstreuter Regelungen durchaus nahe, daß sie unter § 87 I Nr. 1 zu fassen sind. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt deshalb bei der Ermittlung des Regelungsbereiches des § 87 I Nr. 1. Jedoch muß, wie sich bei den Einzeluntersuchungen zeigen wird, immer wieder auf die allgemeinen Prinzipien der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten zurückgegriffen werden.

2. Teil Die Reichweite der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1

1. Die Problematik der Anwendung des § 87 I Nr. 1

Die Problematik der Anwendung des § 87 I Nr. 1 wie auch seines Vorgängers § 56 I lit. f BetrVG 52 ist auf den ersten Blick erkennbar. Es handelt sich um einen Tatbestand, dessen Wortlaut besonders weit und unbestimmt ist. Bei solchen Tatbeständen ist es schwierig, die Beurteilung eines Sachverhalts an Hand dieses Tatbestandes weitgehend vorhersehbar zu machen und damit dem Gebot der Rechtssicherheit Genüge zu tun.

Dieses Problem ist schon von der Anwendung anderer Normen, die sich durch Weite und Unbestimmtheit auszeichnen, bekannt. Man hat versucht dieser Schwierigkeit auf verschiedenen Wegen beizukommen. Bei der berühmten polizeilichen Generalklausel hat man zumindest für die 1. Alternative des Tatbestandes, die öffentliche Sicherheit, versucht eine enumerative Aufzählung der geschützten, durch dieses Tatbestandsmerkmal erfaßten Rechtsgüter aufzustellen. So sollten darunter alle Individualrechte und -rechtsgüter, alle Einrichtungen und Veranstaltungen von Hoheitsträgern und die gesamte Rechtsordnung fallen. Die Schwäche dieses Katalogs war aber, daß er der Allgemeinheit des Tatbestandsmerkmals nur durch die weite Fassung des Anwendungsbereichs, nicht aber auch durch die in der allgemeinen Formulierung enthaltene Flexibilität entsprach. So stellte das BVerwG¹⁾ fest, bei dieser traditionellen Aufzählung handele es sich nur um Beispiele und erweiterte den Katalog um die "kollektiven Rechtsgüter", um auch die öffentliche Wasserversorgung zu den Schutzgütern rechnen zu können.

1) v. 16.11.73/NJW 74,815 (817)

In der Praxis hat sich zur Handhabung dieser Klauseln der Weg über die Fallgruppenbildung besonders bewährt. So bieten für die Anwendung des § 138 BGB die Zuordnungen zu Fallgruppen wie "auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung", "Ausnutzung einer persönlichen Bedrängnis", "Knebelung", "Verleitung zum Vertragsbruch" und ähnliches eine wertvolle Entscheidungshilfe. Der Weg über die Fallgruppenbildung hat den Vorteil, die Entscheidung für einen großen Teil der Fälle vorhersehbar zu machen, ohne die Einbeziehung neuer Sachverhalte ganz auszuschließen.

Während bei der Fallgruppenbildung Sachverhalte nach ihren Merkmalen eingruppiert werden und die Lösung des Einzelfalles über den Vergleich mit diesen Sachverhalten führt, geht man bei der Funktionsgruppenbildung von der Norm aus. Hier werden die Zwecke, die die Norm erfüllen soll, zum Ausgangspunkt gemacht.¹⁾ Wieweit die praktische Hilfe geht, die diese Funktionsgruppen leisten, hängt von der Abstraktheit der gebildeten Gruppen ab.

Offen kann hier bleiben, ob man § 87 I Nr. 1 selbst als Generalklausel bezeichnet,²⁾ er hat jedenfalls mit den Generalklauseln gemeinsam, daß die Methode der Auslegung auf die Unbestimmtheit des Tatbestandes abgestellt werden muß.

Die genannten Anwendungshilfen setzen voraus, daß Entsprechendes erst einmal entwickelt wird. Untergruppen, Fallgruppen und Funktionsgruppen müssen erarbeitet werden. Besondere methodische Grundsätze für eine solche Erarbeitung gibt es

-
- 1) Ein Beispiel ist Wieackers berühmte Abhandlung "Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB".
 - 2) Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, stellt fest, daß es keine klare Begriffsbestimmung der Generalklausel gibt. Er will dazu nur Klauseln rechnen, die bewußt wertungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten.

nicht. Es kann also nur mit den üblichen Auslegungsmitteln festgestellt werden, ob ein Anwendbarmachen der Norm auf diesem Wege möglich ist.

Es ist sinnvoll vor der Entwicklung eines Konzepts zu § 87 I Nr. 1, den Stand von Rechtsprechung und Lehre zum Inhalt dieser Norm zu ermitteln.

2. Stellungnahmen zur Auslegung des Tatbestandes "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb"

Das Tatbestandsmerkmal "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" findet sich außer in § 87 I Nr. 1 heute noch in § 120 a IV GewO.¹⁾ Im Bundespersonalvertretungsgesetz²⁾ (§ 75 Nr. 15) wird dem Personalrat ein Mitbestimmungsrecht bei der "Regelung der Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens der Beschäftigten" gewährt. Die Formulierung des geltenden BetrVG und des geltenden BPersVG wurden aus den ihnen vorangegangenen Gesetzen -BetrVG 52 und PersVG 55³⁾- übernommen.

Die Formulierung "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" geht letztlich auf § 134 b III 1 GewO zurück; der Wortlaut dieser Vorschrift bezog sich allerdings nur auf Arbeiter. Dennoch erscheint es wenig ergiebig, bereits zu diesem Gesetz abgegebene Stellungnahmen zu erfassen, weil zwar eine Ähnlichkeit des Tatbestandes gegeben ist, der gesamte arbeitsrechtliche Kontext sich aber erheblich gewandelt hat. Es handelte sich nicht um einen Mitbestimmungstatbestand, sondern Regelungen aus diesem Bereich konnten

1) "Endlich sind diejenigen Vorschriften über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer zu erlassen, welche zur Sicherung eines gefahrlosen Betriebes erforderlich sind."

2) v. 15.3.74/BGBI I, S. 693

3) v. 5.8.55/ BGBI I, S. 477

vom Arbeitgeber allein erlassen oder mit den Arbeitnehmern einzelvertraglich vereinbart werden.

Erst mit dem BRG 1920 näherte sich die Vorschrift ihrer heutigen Bedeutung an. Das BRG 1920 bestimmte nämlich, daß der Arbeiter- oder Angestelltenrat die "Arbeitsordnung oder sonstige Dienstvorschriften mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren" habe (§ 78 Nr. 3 BRG 1920). Damit hätte die Abgrenzung der "Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeiter im Betriebe" interessant werden können. Ober alles, was Inhalt einer Arbeitsordnung oder sonstiger Dienstvorschriften sein konnte, konnte nun keine generelle Anordnung mehr einseitig vom Arbeitgeber getroffen werden.¹⁾ Kam keine Einigung über eine solche Frage zustande, so konnte die Schlichtungskammer verbindlich entscheiden (§ 5 IV 3 SchlVO²⁾ i. V. m. § 75 BRG 1920).³⁾

Dennoch befaßten sich die Rechtsprechung aber auch die Literatur recht wenig mit diesem Tatbestand. Das mag daran gelegen haben, daß neben der Mitbestimmung bei der Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeiter im Betrieb gleichrangig die Mitbestimmung bei den allgemeinen Dienstvorschriften vorgesehen war. Die Subsumtion unter diesen

1) RAG v. 15.2.28/E 1,176
Flatow/Kahn-Freund BRG § 75 4) III (S. 381)

2) v. 30.10.23/RGBI I, S. 1043

3) Ob dieses Mitbestimmungsrecht auch ein Initiativrecht einschloß, war strittig. Vgl. Flatow Betriebsvereinbarung, S. 41. Auch heute ist man sich darüber nicht im klaren. Vgl. Adomeit Regelungsabrede, S. 18
Hromadka ArbO im Wandel, S. 17
Nikisch III, S. 385

Die Frage hatte aber nur eine begrenzte Bedeutung, weil nach wie vor eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum Erlaß der Arbeitsordnung bestand. Diese Pflicht galt für Betriebe, die der GewO unterfielen, und nur in Bezug auf Arbeiter.

Tatbestand machte die Frage überflüssig, ob ein in die Arbeitsordnung gehöriges Thema berührt war.¹⁾ Durch die Gleichstellung der allgemeinen Dienstvorschriften mit der Arbeitsordnung in Hinblick auf die Mitbestimmung verlor die Frage, ob eine Regelung von § 134 b III erfaßt wurde, an Bedeutung.

Hinzu kam, daß durch § 78 Nr. 3 BRG nur ein einseitiger Erlaß einer Regelung ausgeschlossen war, nicht aber eine einzelvertragliche Vereinbarung mit demselben Thema.

Trotz der geringen Bedeutung der Zuordnung einer Regelung gerade zum Bereich der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeiter im Betrieb findet sich verschiedentlich eine nähere Erläuterung. Flatow/Kahn-Freund nennen zahlreiche Beispiele: Bestimmungen über Eingangs- und Ausgangskontrollen, Benutzung der Waschgelegenheit, Behandlung der Maschinen, Aufbewahrung von Vorräten, Einsammeln und Abliefern von Abfällen, Rauchverbot, Verhalten bei Feuersgefahr, Beachtung der Fabrik-signale, Pünktlichkeit, Anzeige und Kontrolle bei Krankheit, hygienische Maßnahmen, Sicherheitsmaßnahmen, Benutzung von Fahrstühlen, Betreten feuergefährlicher Räume, Einsammeln von Verbandsbeiträgen, Verteilen der Verbandszeitung, Vorschriften über Aufbewahrungsräume von Sachen (Garderobe und Fahrräder), die Unterbringung (bei Bauarbeitern, Erdarbeitern), über Art und Weise und Termin der Lohn- und Gehaltszahlung, der Personalakten des Dienstbetriebes, der Arbeitseinteilung und Versetzung, über Ausgang bei Arbeitnehmern in Kost und Logis, über das Benehmen im Hause bei solchen Arbeitern, über Meldepflicht bei Wohnungswechsel, über die Behandlung der Arbeitspapiere (Invalidenkarten u. dgl.), über das Aufsuchen der Betriebsratssprechstunde.²⁾

1) Vgl. LAG Dresden v. 15.9.27/ARS 1,155 (Einführung eines neuen Kontrollsystems)

2) BRG § 75 4) III (S. 381f)

Jacobi sah den Anwendungsbereich noch weiter. Er wollte als der Ordnung des Betriebes dienende Regelungen auch solche ansehen, die Urlaub, Prämien sowie den Lohnausfall bei Betriebsstörung betreffen.¹⁾

Die Musterarbeitsordnung²⁾, die 1920 zur Erleichterung der Anwendung des Gesetzes in den Betrieben geschaffen wurde, enthielt allerdings bei weitem nicht dieses Themenspektrum. Die Regelungen über Beginn (§§ 1-3) und Ende (§§ 4-7) des Arbeitsverhältnisses sind zwar ausführlich, das Verhalten der Arbeiter im Betrieb (§ 19) ist aber ganz allgemein behandelt. Besonders wird nur auf das Verhalten bei Arbeitsversäumnis (§§ 20,21), bei Unfällen und zur Unfallverhütung (§§ 22,23) und auf Kontrolleinrichtungen (§ 24) eingegangen.

Auch unter der Geltung des AOG spielte die Auslegung der Begriffe Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb keine Rolle, obwohl das Gesetz in § 27 III eine ähnliche Formulierung enthielt. Der mögliche und der notwendige Inhalt der Arbeitsordnung war so umfassend, daß keine entsprechenden Abgrenzungsprobleme auftauchen konnten.

Die Betriebsrätegesetze der Länder, die in den Jahren 1947-1950 erlassen wurden, knüpften mehr oder weniger stark an die Rechtslage der Weimarer Republik an. So erscheinen auch in diesen Gesezen immer wieder die Themen Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, Zudem wurde gelegentlich die Ansicht vertreten, daß mit der Aufhebung des AOG die durch das AOG aufgehobenen Vorschriften

1) Grundlehren, S. 327

so auch Landmann-Rohmer GewO, 8. Aufl., § 134 b Nr. 1
a. A. Hueck-Nipperdey Lb II, 1./2. Aufl., S. 335 Fn 33

2) veröffentlicht in RArbBl 1920/21, S. 9

der GewO wieder in Kraft träten, nun modifiziert durch Art V 1 lit. b KRG Nr. 22.¹⁾ Infolgedessen hätte die Bestimmung dessen, was unter Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer zu verstehen ist, Interesse finden müssen. Jedoch waren die Gesetze alle zu kurz in Geltung und auch im einzelnen zu unterschiedlich, als daß sich ein Meinungsstand zu der Frage, was nun zur Ordnung des Betriebes und zum Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gehört, hätte entwickeln können.

Erst mit Inkrafttreten des BetrVG 52 beginnt eine kontinuierliche Rechtsentwicklung bis heute. Der Gesetzgeber übernahm die alte Formulierung des Arbeiterschutzgesetzes als einen der aufgezählten Mitbestimmungstatbestände, nur daß nun nicht mehr von Arbeitern, sondern von Arbeitnehmern die Rede war. Die Frage, was im einzelnen unter der Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeitnehmer zu verstehen ist, stellte sich nun dringender, weil auch die Rechtsfolgen bedeutender wurden.

Dieser § 56 I lit. f BetrVG 52 wurde unverändert als § 87 I Nr. 1 übernommen.

-
- 1) Diese Vorschrift wies den Betriebsräten die Aufgabe zu, "mit den Arbeitgebern über Vereinbarungen für den Erlaß von Betriebsordnungen zum Zwecke des Arbeitsschutzes, einschließlich der in das Gebiet der Unfallverhütung, ärztlichen Betreuung, betriebshygienischen und sonstigen Arbeitsbedingungen, Regelung von Einstellungen und Entlassungen und Abstellung von Beschwerden fallenden Angelegenheiten zu verhandeln".

Leydhecker B1StSozArbR 48, 69 (69)

Vgl. auch Amtl. Bekanntmachung des Magistrats von Groß-Berlin über den Erlaß von Arbeitsordnungen v. 2. 2. 48/VOB1 Groß-Berlin, S. 121; in dieser Bekanntmachung wird zwar nicht auf KRG Nr. 22 Bezug genommen, es wird aber vorausgesetzt, daß eine Arbeitsordnung durch Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zustande kommt.

Die Weite der Formulierung warf das für allgemein gehaltene Normen typische Problem auf. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale durch Definition subsumierbar zu machen, ist fast unmöglich. Die Darstellungen des Tatbestandes in Rechtsprechung und Lehre spiegeln dieses Problem wieder.

2.1. Die Rechtsprechung zu § 56 I lit. f BetrVG 52 und zu § 87 I Nr. 1

Schon eine kurze Suche nach § 87 I Nr. 1 und § 56 I lit. f BetrVG 52 betreffender Rechtsprechung zeigt ein interessantes Phänomen. Obwohl es diesen Tatbestand seit nunmehr 30 Jahren gibt, ist die Rechtsprechung ganz ungleichmäßig auf diese Jahre verteilt. Erst seit Ende der 70er Jahre wird die Rechtsprechung zunehmend mit dieser Frage befaßt. Die Rechtsprechung des BAG zeigt diese Entwicklung besonders deutlich.

2.1.1. Die Rechtsprechung des BAG

Lange Zeit waren die beiden Beschlüsse des BAG v. 27.5.60¹⁾ und v. 15.12.61²⁾ sowie ein wenig beachtetes Urteil v. 18.5.65³⁾ die einzigen veröffentlichten Entscheidungen, die sich mit der Frage befaßten, was unter "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betriebe" zu verstehen ist. Die ersten beiden Entscheidungen können auch heute noch als Grundsatzentscheidungen zu dieser Frage bezeichnet werden; auf sie wird auch in neueren Entscheidungen regelmäßig Bezug genommen.

1) E 9,238 (sog. Produktographen-Fall)

2) E 12,124 (Margarine-Mützen-Fall)

3) AP Nr. 26 zu § 56 BetrVG (52)

Hinzu kommen die neueren Entscheidungen v. 23.1.79¹⁾, v. 9.12.80²⁾, v. 24.3.81³⁾, v. 4.8.81⁴⁾, v. 24.11.81⁵⁾, v. 8.12.81⁶⁾ und v. 17.8.82⁷⁾, die neue Aspekte eingeführt haben.

Bedeutungsvoll sind daneben die Entscheidungen zum Teilaspekt der "Betriebsjustiz", insbesondere die Urteile des BAG v. 12.9.67⁸⁾ und die Bestätigung dieser Rechtsprechung unter der Geltung des BetrVG 72 im Urteil v. 5.12.75⁹⁾. Im Gefolge dieser Entscheidungen spielt auch die Abgrenzung von mitbestimmungsfreier Abmahnung und Betriebsbuße eine zunehmende Rolle.¹⁰⁾ Diese Fragen sollen hier aber zunächst ausgeklammert bleiben und erst bei den Ordnungsmaßnahmen erörtert werden.

1) DB 81,1144

2) AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des Betriebes

3) E 35,150

4) AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72 Tarifvorrang

5) DB 82,1116

6) AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 72 Lohngestaltung

7) DB 82, 2578

8) E 20,79

9) E 27,366

10) Vgl. insbesondere BAG v. 23.9.75/DB 75,1946
BAG v. 7.11.79/AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße

Aus den zuletzt genannten Entscheidungen soll nun ermittelt werden, nach welchen Kriterien das BAG die Zuordnung zu den "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb" bejaht oder ablehnt.

In der Entscheidung des Produktographenfalles¹⁾ hatte das Gericht über ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung und Betätigung eines Produktographen zu befinden. Ein Produktograph ist ein Gerät, das zur Aufzeichnung des Produktionsablaufs an einzelnen Maschinen dient. Im zu entscheidenden Fall war allerdings nicht nur eine automatische Aufzeichnung vorgesehen, sondern es war die Mitarbeit der Arbeitnehmer erforderlich. Der Produktograph konnte zwar den Produktionsablauf der Maschinen im einzelnen erfassen, er konnte aber nicht die Gründe eines Stillstandes feststellen. Diese Gründe sollten von den Arbeitnehmern durch Druck auf verschiedene Tasten in die Zentrale übermittelt werden. Der Betriebsrat meinte, die Begründung einer derartigen Verpflichtung der Arbeitnehmer sei mitbestimmungspflichtig.

Da das BetrVG 52 kein dem heutigen § 87 I Nr. 6 entsprechendes Mitbestimmungsrecht vorsah, kam nur eine Mitbestimmung nach § 56 I lit. f BetrVG 52 in Betracht.²⁾ Es hätte sich also um eine die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betriebe betreffende Regelung handeln müssen.

Die ersten drei Absätze der Entscheidungsgründe sind der Frage gewidmet, was abstrakt unter Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betriebe zu fassen ist. Dabei geschieht diese Beschreibung teils

1) BAG v. 27.5.60/E 9,238

2) Vgl. zur heutigen Rechtslage BAG v. 9.9.75/E 27,256

positiv (dazu gehören), teils negativ (dazu gehören nicht), wobei negative Ausgrenzungen überwiegen.

Bei einer Gegenüberstellung wird deutlich, daß die Argumentation des BAG auf zwei Unterscheidungen hinausläuft. Zwei Gegensätze betont das BAG immer wieder. Der eine Gegensatz besteht zwischen Maßnahmen, die die Arbeitnehmer als Teil eines Ganzen, und denjenigen, die sie als Einzelne betreffen.

So soll es bei Fragen, die der Mitbestimmung unterliegen, um den "Gesamtorganismus", die "Arbeitnehmerschaft als Ganzes", die "Zusammenballung einer Anzahl von Menschen" gehen. Dem werden die Regelungen gegenübergestellt, die sich auf den einzelnen Arbeitnehmer beziehen. Nicht unter die Mitbestimmung sollen danach fallen: der "Arbeitsvorgang des einzelnen im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers", Bestimmungen über "den Ablauf der Arbeit des einzelnen Arbeitnehmers selbst". Noch mehrmals ist in diesem Zusammenhang vom einzelnen Arbeitnehmer die Rede, wobei, wie sich aus dem Zusammenhang dieser Äußerungen ergibt, hier nicht auf die Mitbestimmungsfreiheit von Einzelfallmaßnahmen Bezug genommen wird.

Der weitere, aber in dieser Entscheidung weniger betonte Gegensatz, liegt in der Umschreibung des Bereichs der Regelungen. Während bei der Beschreibung des mitbestimmten Bereichs nur einmal von den allgemeinen Vorschriften "über die Arbeitsorganisation" die Rede ist, wird bei der Ausgrenzung häufiger die Arbeitsleistung erwähnt. So soll es nicht Aufgabe der Arbeitsordnung sein, das gesamte Verhalten des Arbeitnehmers "hinsichtlich seiner nach dem Arbeitsverhältnis geschuldeten Arbeitsleistung", "dasjenige, was mit dem eigentlichen Arbeitsvorgang zu tun hat", "mit seiner Arbeitsleistung in unmittelbarem Zusammenhang steht", "die arbeitstechnischen Bestimmungen" zu regeln.

Angesichts der heutigen Rechtsprechung ist bemerkenswert, daß das BAG in der Entscheidung noch deutlich von einem einheitlichen Tatbestand des § 56 I lit. f BetrVG 52 ausgeht, also nicht zwischen dem ersten Teil "Ordnung des Betriebes" und dem zweiten Teil "Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" differenziert. Die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb werden unter verschiedenen Bezeichnungen zusammengefaßt. Es wird der im § 56 I lit. f BetrVG 52 enthaltene Bestandteil "Ordnung des Betriebes" verwendet, aber auch "Ordnung der Arbeit", "Verhalten der Arbeitnehmer", "betriebliche Ordnung" und "Arbeitsordnung". Dabei werden diese Worte teilweise synonym gebraucht.¹⁾, wie sich aus dem wahlweisen Gebrauch ergibt.

In der zweiten Grundsatzentscheidung knüpft das BAG vor allem an diese zweite Unterscheidung an. In dem Beschluß vom 15.12.61²⁾ ging es um das Tragen von Mützen bei der Herstellung und Verpackung von Margarine. Es entstand ein Streit, ob die Weisung, -die übrigens seit Jahren in diesem Betrieb bestand-, diese Mützen zu tragen, mitbestimmungspflichtig sei. Das Gericht führte aus, daß zwischen Anordnungen, die sich auf die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb beziehen, und Anordnungen, die sich auf den eigentlichen Arbeitsvorgang beziehen, zu unterscheiden sei.

Der Beschluß ist nur für die Feststellung der Maßnahmen ergeblig, die aus dem Bereich des § 56 I lit. f BetrVG 52 auszuschneiden sind. Eine positive Beschreibung des Tatbestandes wird nicht vorgenommen. Das Gericht führt aus, es sei nicht zu erörtern, was im einzelnen in des Bereich des § 56 I lit. f BetrVG 52 gehöre. "Sicher ist, daß eine

1) Boewer DB 70,2319 (2321)

2) E 12,124

betriebliche Bekleidungs Vorschrift, um die es sich im folgenden Fall handelt, eine der in § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG bezeichneten Angelegenheiten sein kann (Lit. nachw.)." Das BAG prüfte deshalb, ob eine ausnahmsweise nicht mitbestimmungspflichtige Anordnung vorlag.

Das BAG entwickelte hierzu den Begriff der "arbeitsnotwendigen" Maßnahmen. "Handelt es sich um eine arbeitstechnische Maßnahme von solcher Wichtigkeit, daß die vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers, d. h. seine Arbeitsleistungen, ohne die Beachtung der Anordnung nicht ordnungsmäßig erbracht werden können, liegt somit eine 'arbeitsnotwendige Maßnahme' vor, dann ist es mangels einer besonderen arbeitsvertraglichen Regelung Sache des Arbeitgebers, der seinerseits auch die Verantwortung für das Arbeitsergebnis und die Sicherheit der Arbeitnehmer trägt, durch die erforderlichen Weisungen die Arbeitspflicht (z.B. durch ein Rauchverbot in feuergefährdeter Umgebung, durch die Anordnung des Tragens bestimmter Kleidung zur Vermeidung der Verunreinigung oder Beeinträchtigung von Lebensmitteln oder anderen Produkten oder zur Sicherung der Arbeitnehmer) zu konkretisieren."

Das BAG stellte also auf die Bedeutung der Befolgung der Anordnung für die ordnungsgemäße Erbringung der Arbeitsleistung ab. Allerdings ließ das BAG eine Ausnahme für den Fall zu, daß eine an sich arbeitsnotwendige Maßnahme nicht konsequent durchgeführt wurde. Dann sollte diese Maßnahme wieder mitbestimmungspflichtig werden.

Soweit es diese Ausnahme betrifft, wurde diese Argumentation nicht aufgegriffen, während die sonstigen Gesichtspunkte, die auf die Unterscheidung von Leistungsverhalten und Ordnungsverhalten und auf die Gegenüberstellung des Arbeitnehmers als Teil eines Ganzen und als Einzelnen hinauslaufen, auch in den jüngsten Entscheidungen des BAG anklingen.

Die Entscheidung v. 18.5.65¹⁾ fällt etwas aus dem Rahmen. Darin wird im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses die Mitbestimmungspflicht einer Maßnahme überprüft. Im zugrundeliegenden Fall hatte der Arbeitgeber seit Jahren seinen Arbeitnehmern die Inanspruchnahme von Möglichkeiten verbilligten Einkaufs, die die Firma hatte, zu Privatzwecken gestattet. Er verlangte aber, daß die Arbeitnehmer zunächst bei ihm um Genehmigung nachsuchten. Es wurde geltend gemacht, dieses Verlangen sei mitbestimmungspflichtig nach § 56 I lit. f BetrVG 52. Das BAG teilte diese Meinung nicht. Es vertrat die Ansicht, ein Fall der Mitbestimmung hätte nur dann vorgelegen, wenn allen Arbeitnehmern ein Anspruch auf Gleichbehandlung entstanden wäre.

Die tragenden Gedanken dieses Urteils sind schwer festzustellen. Aus heutiger Sicht liegt es nahe, anzunehmen, daß dem BAG hier der Gedanke vorgeschwebt hat, der Arbeitgeber dürfte nicht über die Mitbestimmung zur Erbringung von Leistungen gezwungen werden. Wäre nämlich die Genehmigungspflicht mangels Zustimmung des Betriebsrats entfallen, so hätte sich das auf den ersten Blick als Erzwingung einer Leistung ausgewirkt. Die Unterscheidung von Leistungserbringung und -ausgestaltung mag damals noch nicht so geläufig gewesen sein wie heute.

Die nächste Entscheidung, die erst 13 Jahre später ergangen ist, ist nur in bescheidenen Auszügen veröffentlicht.²⁾ Es ist nur ersichtlich, daß es sich um die Veränderung einer Anwesenheitsliste handelt und daß die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 bejaht wird.

1) AP Nr. 26 zu § 56 BetrVG (52)

2) BAG v. 18.7.78/AuR 78,278

In den Beschlüssen v. 23.1.79¹⁾ und v. 9.12.80²⁾ ging es um von den Arbeitnehmern selbst angelegte Berichte über geleistete Arbeit. In beiden Fällen lehnte das BAG eine Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 ab.

Das BAG stützt seine Entscheidung in dem Beschluß vom 23.1.79 darauf, daß es sich hier um eine Maßnahme der Leistungserfassung handele; die Aufzeichnungen, die als "global" und "pauschal" beschrieben werden, erlaubten keinen Rückschluß auf das Verhalten der Arbeitnehmer. Ziel der Maßnahme sei die Erfassung der individuellen Leistung; den Arbeitnehmern werde kein Verhalten mit kollektivem Bezug aufgegeben. Hier finden sich die beiden Gegensätze aus der Produktographen-Entscheidung³⁾ wieder.

In der Entscheidung vom 9.12.80 klingt allerdings diese Argumentation kaum noch an. Im zugrundeliegenden Sachverhalt bestand die Besonderheit, daß die Arbeitnehmer nicht verpflichtet wurden, die Arbeitszeit- und Tätigkeitsberichte auszufüllen; der Arbeitgeber wollte aber diese Berichte als Nachweis geleisteter Überstunden anerkennen. Das BAG führte aus, "wesentliches Merkmal jeder betrieblichen Ordnung" sei "ihr verpflichtender Charakter für die ihr unterworfenen Belegschaftsmitglieder". Allein die Tatsache, daß die Arbeitnehmer praktisch auf dieses Verhalten angewiesen waren, um Überstundenentgelt zu erhalten, sollte nicht ausreichen.

Zusätzlich ging das BAG noch auf den Gesichtspunkt der Kontrolle ein. Die Tatsache, daß ein bestimmtes Verhalten eine

1) DB 81,1144

2) AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Betriebliche Ordnung

3) S. o. S. 26ff

Kontrolle ermögliche, reiche für sich genommen nicht zur Annahme eines Mitbestimmungsstatbestandes nach § 87 I Nr. 1 aus.

Die Entscheidung vom 24.3.81¹⁾ zeigt das Bestreben des BAG die Voraussetzung der Statuierung einer verbindlichen Verhaltenspflicht zurückzunehmen, ohne das jedoch ausdrücklich zu erklären. Dort wird deshalb eine vorher in der Rechtsprechung nicht vorhandene Trennung zwischen der Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeitnehmer im Betriebe eingeführt.

Das BAG hatte über ein Mitbestimmungsrecht bei der Veranstaltung eines Sicherheitswettbewerbs zu beschließen. Der Arbeitgeber hatte Prämien für unfallfreies Verhalten im Betrieb und auf dem Weg zur Arbeit ausgesetzt. Der Betriebsrat wollte über die Ausgestaltung mitbestimmen.

Das BAG sprach dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zu. Da aber auch hier keine Verhaltensvorschriften gemacht wurden, sondern lediglich an einen bestimmten Verhaltenserfolg angeknüpft wurde, konnte das BAG die alten Grundsätze nicht unverändert beibehalten. Es behalf sich, indem es in § 87 I Nr. 1 nun zwei alternative Tatbestände sah. Die Statuierung einer verbindlichen Verhaltenspflicht sollte nur zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "Ordnung des Betriebes" erforderlich sein. Unter das "Verhalten der Arbeitnehmer im Betriebe" sollten dagegen auch das Verhalten auf andere Weise beeinflussende Maßnahmen fallen. Beide Formen der Regelung mußten die "Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb" betreffen. Dies beschränkte sowohl die unter den Tatbestand "Ordnung des Betriebes"

1) E 35,150

fallenden verbindlichen Verhaltensregeln als auch die sonstigen Maßnahmen, die nur dazu dienten, die vorgegebene Ordnung des Betriebes auf andere Weise zu gewährleisten. Damit fielen weiterhin Verhaltensanweisungen, die sich auf die Arbeitsleistung bezogen oder in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer betrafen, nicht unter § 87 I Nr. 1.

Der Beschluß vom 4.8.81¹⁾ stellt eine Ergänzung zum Beschluß v. 9.12.80²⁾ dar. Der Betriebsrat machte weitere Mitbestimmungsrechte in Bezug auf die Tätigkeitsberichte geltend. In Bezug auf die Frage, ob die Regelung über den Nachweis von Überstunden nach § 87 I Nr. 1 mitbestimmungspflichtig ist, übernahm der Beschluß die Argumente der früheren Entscheidung.

Der Sachverhalt des Beschlusses v. 24.11.81³⁾ war dem dieser beiden Beschlüsse insofern ähnlich als auch hier in einen Vordruck die ausgeübten Tätigkeiten und deren Dauer eingetragen werden sollten. Im Gegensatz zu den beiden anderen Beschlüssen handelte es sich aber hier um eine echte Anordnung. Auf die Unverbindlichkeit konnte das Gericht also nicht abstellen. Dennoch wurde auch hier kein Mitbestimmungsrecht zugesprochen. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 1 sollte nicht vorliegen, weil die Verhaltensregel nicht der Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs und des reibungslosen Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb diene. Vielmehr diene das Ausfüllen der Zeiterfassungsbögen nach den Feststellungen des Gerichts Kalkulationszwecken. Die Tatsache, daß eine Kontrolle ermöglicht wurde, sollte nicht ausreichen, eine Maßnahme der Ordnung des Betriebes zuzurechnen.

1) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72 Tarifvorrang

2) BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des Betriebes

3) DB 82,1116

Im Beschluß v. 8.12.81¹⁾ ging es um die Mitbestimmung bei Erlaß einer Dienstreiseordnung. Diese Dienstreiseordnung enthielt Vorschriften über die Art der Beantragung von Dienstreisen, Benutzung von Verkehrsmitteln, Erstattung von Reiseaufwendungen. Das BAG lehnte aber ein solches Mitbestimmungsrecht ab. In der Dienstreiseordnung werde das Verhalten der Arbeitnehmer bei Ausführung ihrer dienstlichen Tätigkeit geregelt. Das Gericht betont die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten für die Anwendung des § 87 I Nr. 1. Dem Verhalten der Arbeitnehmer wird auch die Regelung des Vertragsverhältnisses Arbeitgeber/Arbeitnehmer gegenübergestellt.

Der Beschluß v. 17.8.82²⁾ setzt sich mit der Mitbestimmung bei Maßnahmen im Rahmen einer polizeilichen Untersuchung im Betrieb auseinander. Im zugrundeliegenden Fall hatte ein Arbeitnehmer Strafanzeige erstattet, weil ihm aus seiner Kleidung im Betrieb mehrfach Geld gestohlen worden war. Ihm wurden daraufhin präparierte Geldscheine überlassen, die an den Fingern Spuren hinterlassen. Die Polizei begehrte nun, sogleich im Betrieb eine Untersuchung führen zu dürfen. Der Arbeitgeber wies den Polizeibeamten einen Raum zu und teilte den Arbeitnehmern mit, die Kriminalbeamten würden Ermittlungen durchführen. Der Betriebsrat sah darin eine mitbestimmungspflichtige Anweisung.

Das BAG meinte, die Mitbestimmungspflicht hinge davon ab, was der Arbeitgeber mit seiner Erklärung beabsichtigt habe. Habe er nur die polizeilichen Anordnungen weitergeben wollen, so läge keine mitbestimmungspflichtige Anweisung vor. Habe er jedoch die Vorstellung gehabt, daß durch seine Anweisung eine Regelung erst getroffen würde, etwa weil die Polizei zu solchen Anordnungen gar nicht ermächtigt sei, so sei die

1) BAG AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 72 Lohngestaltung

2) BAG DB 82,2578

Anweisung mitbestimmungspflichtig.

Bereits dieser kurze Überblick über die Rechtsprechung des BAG hat eine Reihe von Kriterien erbracht, an Hand derer das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) ermittelt worden ist. Diese Kriterien gilt es weiter unten zu beleuchten.

Zusammenfassend kann man als wichtigstes Kriterium festhalten, daß eine Maßnahme nicht das Leistungsverhalten betreffen darf. In Bezug auf die Mitbestimmung bei Anordnungen, die die Arbeitsleistung betreffen, läßt sich bereits von einer gefestigten Rechtsprechung reden. Schon im Produktographen-Fall¹⁾ wurde bei der Ablehnung der Mitbestimmung maßgeblich darauf abgestellt, daß es um die Leistung ginge, und dieser Gesichtspunkt wird bis zu den neuesten Entscheidungen herangezogen.

Die weitere Gegenüberstellung, die immer wieder auftaucht, ist die von den Maßnahmen, die den Arbeitnehmer als einzelnen, und denen, die ihn als Teil eines Ganzen betreffen. Heute wird -wohl mit derselben Vorstellung- von Maßnahmen, die nur das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber berühren, gesprochen.

Das Kriterium der Verbindlichkeit einer Anordnung, das vom BAG, wie oben dargestellt, nicht einheitlich angewandt wurde, ist ein weiterer Ansatzpunkt für eine Auseinandersetzung. In diesem Zusammenhang sollte auch die Mitbestimmungspflicht von Hinweisen erörtert werden.

1) E 9,238

2.1.2. Die sonstige Rechtsprechung

Die übrige Rechtsprechung knüpft naturgemäß an die Rechtsprechung des BAG an. Wie in der Rechtsprechung des BAG taucht in den veröffentlichten Entscheidungen bis 1970 nur selten die Frage auf, was unter "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" zu verstehen ist und was im einzelnen darunter fällt. Ebenfalls selten ist die Auseinandersetzung mit der Betriebsjustiz und die Überprüfung von einzelnen Bußen.

Zur Frage, was dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 56 I lit. f BetrVG 52 unterliegt, findet sich vor 1960 nur eine veröffentlichte Entscheidung. Erst in jüngerer Zeit hat sich der Anfall der Entscheidungen zu § 87 I Nr. 1 sprunghaft erhöht.

Die früheste Entscheidung, aus dem Jahre 1957, befaßt sich mit der Mitbestimmung bei der Festsetzung von Ladenöffnungszeiten. Der Betriebsrat hatte in diesem Fall ein Mitbestimmungsrecht aus § 56 I lit. f BetrVG 52 geltend gemacht. Das Arbeitsgericht Frankfurt ¹⁾ verneinte ein solches Recht. Die nach § 56 I lit. f BetrVG 52 zu regelnden Fragen betreffen nur die interne Ordnung des Betriebes. Eine Regelung über den Ladenschluß reiche weit über diese interne Ordnung hinaus.²⁾

Bei weiteren Entscheidungen nehmen die traditionellen Fragen den größten Raum ein. Sie betreffen die Mitbestimmung bei

1) v. 14.1.57/DB 57,119

2) Beachtenswert ist hierbei, daß ein Mitbestimmungsrecht bei der Festsetzung der Lage der Arbeitszeit auch zu dieser Zeit bestand (§ 56 I lit. a BetrVG 52). Es liegt näher über dieses Mitbestimmungsrecht eine indirekte Beeinflussung der Ladenöffnungszeiten zu erreichen.
vgl. BAG v. 31.8.82/DB 82, 453
Buschmann DB 82,1059
Lieb DB 81, Beil. 17
Reuter ZfA 81,165

Maßnahmen, die eine Kontrolle der Anwesenheit im Betrieb und am Arbeitsplatz und Gründen einer Abwesenheit gestatten (Anwesenheitslisten, An- und Abmeldungen)¹⁾, Rauch- und Alkoholverbote²⁾, Kleidervorschriften³⁾ und die seit einiger Zeit an Bedeutung zunehmende Frage der Parkplatzordnung⁴⁾.

- 1) LAG Düsseldorf v. 21.11.67/DB 67,2230 (Mitb. bejaht)
ArbG Wuppertal v. 31.8.73/DB 73,1954 (Mitbest. bejaht)
ArbG Kiel v. 29.5.75/DB 75,1369 (Mitbest. verneint)
LAG Baden-Württemberg v. 1.6.76/AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72
Ordnung des Betriebes (Mitbest. bejaht)
ArbG Duisburg v. 11.10.78/DB 79,460 (Mitbest. verneint)
LAG Berlin v. 10.10.80/DB 80,1416 (Mitbest. verneint)
LAG Düsseldorf v. 27.4.81/DB 81,1677 (Mitbest. bejaht)
ArbG Siegen v. 18.8.81/DB 82,439 (Mitbest. bejaht)
- 2) LAG Niedersachsen v. 17.8.66/ARSt 67,5 (Mitbest. verneint)
LAG München v. 23.9.75/BB 76,465 (Mitbest. bejaht)
LAG Baden-Württemberg v. 9.12.77/DB 78,213 (Mitbest. bejaht)
ArbG Bamberg v. 12.2.79/ ARSt 79,158 (Mitbest. bejaht)
- 3) LAG Frankfurt v. 23.8.77/BB 78,810 (Mitbest. bejaht)
vgl. zu § 66 PersVG LAG Frankfurt v. 22.8.66/DB 67,251
(Mitbest. verneint)
- 4) ArbG Siegburg v. 29.3.66/DB 66,746 (Mitbest. bejaht)
ArbG Wuppertal v. 7.1.75/BB 75,561 (Mitbest. verneint)
für die Bereitstellung von Parkplätzen)
LAG Düsseldorf v. 12.5.77/DB 77,1754 (Mitbest. bejaht)

Zunehmend wird auch die Frage behandelt, ob die Anweisung, Aufzeichnungen über die geleistete Arbeit anzufertigen, mitbestimmungspflichtig ist.¹⁾

Daneben werden noch verschiedene Einzelthemen behandelt. Im einzelnen ging es um die Regelung einer Kostenbeteiligung der Arbeitnehmer für Sicherheitsschuhe²⁾, die Mitteilung einer Geheimhaltungspflicht³⁾, eine Regelung der Einsichtnahme in Personalakten⁴⁾, eine Befragung von Arbeitnehmern über den Grund ihrer Fehlzeiten⁵⁾, eine Regelung über die Mitnahme von Arbeitsunterlagen⁶⁾, Maßnahmen im Rahmen einer polizeilichen Untersuchung im Betrieb⁷⁾, die Auslobung von Prämien für die Meldung von Personen, die Einrichtungen des Betriebes zerstören oder stehlen⁸⁾ und die Genehmigungspflicht von Personaleinkäufen⁹⁾.

-
- 1) LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556 (Mitbest. verneint)
LAG Hamm v. 12.11.76/EzA zu § 87 BetrVG Betriebliche Ordnung Nr. 2
LAG Düsseldorf v. 14.6.78/zitiert nach Klebe AiB 81,109 (111) (Mitbest. verneint)
ArbG Frankfurt v. 4.7.79/BB 79,1768 (Mitbest. bejaht)
LAG Düsseldorf v. 28.1.81/DB 81,849 (Da es um die Einsetzung eines Einigungsstellenvorsitzenden im Verfahren nach § 98 ArbGG ging, war lediglich zu entscheiden, ob ein Mitbestimmungsrecht offensichtlich nicht in Betracht kam. Das Gericht meinte, daß ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 nicht gänzlich auszuschließen sei.)
LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385 (Mitbest. verneint)
 - 2) ArbG Berlin v. 6.2.70/DB 70,547 (Das Gericht nimmt zwar auf § 56 I lit. f BetrVG 52 Bezug, lehnt aber die Zulässigkeit einer solchen Regelung generell, also auch als freiwillige, ab.)
 - 3) ArbG Solingen v. 31.8.73/DB 73,2454 (Mitbest. bejaht)
 - 4) LAG Saarland v. 31.1.74/AuR 74,217 (Mitbestimmung bejaht)
 - 5) ArbG Berlin v. 3.4.74/DB 74,1167 (Mitbest. verneint)
 - 6) ArbG Hamburg v. 24.8.76/BetrR 76,500 (Mitbest. bejaht)
 - 7) LAG Hamm v. 13.8.80/DB 81,851 (Mitbest. verneint)
 - 8) LAG Niedersachsen v. 4.2.82/DB 82,1992 (Mitbest. verneint)
 - 9) ArbG Hamm v. 14.7.82/DB 82,2632 (Mitbest. verneint)

Auch die neuerdings vielbeachtete Mitbestimmung bei der Einführung von Bildschirmarbeitsplätzen wird gelegentlich unter diesem Aspekt gewürdigt.¹⁾

Bei der Durchsicht dieser Entscheidungen fällt auf, daß das Thema einer Regelung, -etwa das Thema Kleiderordnung-, allein nicht ausschlaggebend für die Entscheidung über die Mitbestimmung ist. Es werden außer der Thematik noch andere Aspekte herangezogen, über die noch zu sprechen sein wird.

Zunächst soll aber festgestellt werden, wie der Anwendungsbereich des § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) bei der Überprüfung der Anwendbarkeit auf diese Einzelfälle beschrieben worden ist.

Das LAG Düsseldorf²⁾ und das ArbG Solingen³⁾ gehen vom Wortlaut aus. Der Wortlaut spreche für eine umfassende Interpretation. Beide Gerichte kommen aber zu der Überzeugung, daß sich die Mitbestimmung nicht soweit, wie der Wortlaut es erlaube, erstrecken könne.

Andere Gerichte schließen aus der Zusammenstellung von Verhalten und Ordnung, daß die Anordnung stets eine Verhaltenspflicht begründen müsse⁴⁾ oder daß es sich um ein Verhalten

1) ArbG Hamburg v. 9.1.81/DB 81,850 (keine Mitbest. nach § 87 I Nr. 1)
ArbG Hamburg v. 29.5.81/BB 81,1213 (keine Mitbest. nach § 87 I Nr. 1)
LAG Niedersachsen v. 25.3.82/DB 82,2039 (keine Mitbest. nach § 87 I Nr. 1)

2) v. 21.11.67/DB 67,2230

3) v. 31.8.73/DB 73,2454

4) ArbG Wuppertal v. 7.1.75/BB 75,561
LAG Düsseldorf v. 13.7.76/zitiert nach Brill DB 78,Beil. 9 S. 3
LAG Frankfurt v. 21.6.77/zitiert nach Brill DB 78,Beil. 9, S. 3

in Bezug auf die betriebliche Ordnung handeln müsse¹⁾.

Die positive Beschreibung ist meist recht vage. So wird gesprochen von: "Fragen der internen Ordnung"²⁾, Fragen mit "reinem Ordnungscharakter"³⁾, "Anordnungen, die den ungestörten Arbeitsablauf und das geordnete Zusammenleben der Arbeitnehmer im Betrieb gewährleisten sollen"⁴⁾, einem "Komplex sozialer Angelegenheiten, deren einheitliche Regelung notwendig ist, um den Betriebszweck zu gewährleisten", "das die äußere Ordnung des Betriebes betreffende Verhalten der Arbeitnehmer"⁵⁾, "Verhalten der Arbeitnehmer im Rahmen der Ordnung des Betriebes"⁶⁾.

Gelegentlich wird auf die Folgen des geregelten Verhaltens abgestellt. Kommt es durch eine Abweichung zur Unordnung im Betrieb, so liegt eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit vor.⁷⁾ Führt die Nichtbefolgung einer Weisung zu einer Verletzung des Arbeitsverhältnisses, so handelt es sich nicht um eine nach § 87 I Nr. 1 mitbestimmungspflichtige Anordnung.⁸⁾

1) LAG Hamm v. 13.8.80/DB 80,1582

LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385

2) ArbG Frankfurt v. 14.1.57/DB 57,119

3) LAG Niedersachsen v. 17.8.66/ARSt 67,5

4) LAG Hamm v. 12.11.76/EzA zu § 87 BetrVG Betriebliche
Ordnung Nr. 2

LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385

5) ArbG Berlin v. 3.4.74/DB 74,1167

6) ArbG Kiel v. 29.5.75/DB 75,1369

7) LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556

ArbG Hamburg v. 24.8.76/BetrR 76,500

8) LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556

Das ArbG Solingen¹⁾ führt aus, mit den Worten "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" sei der Bereich gemeint, der in der Betriebspraxis darunter verstanden werde.

Insgesamt ergibt sich, daß die nähere Bestimmung des Tatbestandes, wie sie in der Rechtsprechung vorgenommen wird, eher eine füllende Funktion hat, als daß sie zur Lösung der konkreten Fragen beitragen kann.

Der Rechtsprechung des BAG folgend, wurde bald auch bei den Untergerichten der Bezug einer Maßnahme auf die Arbeitsleistung zu einem wesentlichen Kriterium zur Grenzziehung des Bereichs des § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52). Bei der Unterscheidung zwischen auf die Ordnung des Betriebes bezogenen und auf die Leistung des Arbeitnehmers bezogenen Maßnahmen, der auch die untergerichtliche Rechtsprechung im Grunde folgt, wird die Abgrenzung nach Arbeitsnotwendigkeit schon bald verworfen und macht den "arbeitstechnischen Anordnungen"²⁾, sodann dem "unmittelbaren Zusammenhang zur Arbeitsleistung"³⁾ Platz. Das LAG Niedersachsen⁴⁾ kehrte allerdings zur Abgrenzung nach der Wichtigkeit der Maßnahme für die Erbringung der Arbeitsleistung zurück.

Problematisch ist die Abgrenzung, wenn Leistung und Verhalten sich überschneiden. Diese Schwierigkeit versucht das ArbG Frankfurt zu lösen, indem es zwischen der Leistungsmenge

1) v. 31.8.73/DB 73,2454

2) LAG Düsseldorf v. 21.11.67/DB 67,2230

3) ArbG Berlin v. 3.4.74/DB 74,1167

LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556

LAG Hamm v. 12.11.76/EzA § 87 BetrVG Betriebliche Ordnung Nr. 2

4) v. 15.11.77/zitiert nach BetrVG 72 Rechtspr., S. 116
vgl. auch LAG Frankfurt v. 22.8.66/DB 67,251 (zu § 66 PersVG)

und der Art der Leistungserbringung differenziert. Werde die Art der Leistungserbringung betroffen, so sei damit auch das Verhalten der Arbeitnehmer berührt.¹⁾ Diese Unterscheidung wurde aber, soweit ersichtlich, nicht aufgegriffen.

2.2. Die Literatur zu § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52)

Die Literatur entspricht in ihrer Gewichtung der Rechtsprechung. Während es nur in bescheidenem Umfang Äußerungen zum Regelungsbereich des § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) im allgemeinen gibt, wird die Frage der Ausgrenzung von Maßnahmen in Bezug auf die Arbeitsleistung ausführlich behandelt. Die andere Frage, die ausführlicher Behandlung gewürdigt wird, ist die betriebsverfassungsrechtliche Seite der Betriebsjustiz.

In Kommentaren und Grundrissen nimmt dementsprechend das Problem der Betriebsjustiz und der arbeitsnotwendigen Maßnahmen einen erheblich breiteren Raum ein als der Grundtatbestand des § 87 I Nr. 1. Soweit sich monographische und Aufsatzliteratur mit der Frage befaßt, was zum Regelungsbereich des § 87 I Nr. 1 gehört, wird die Frage nicht selbständig behandelt. Sie wird entweder in den Problembereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten²⁾ oder der Mitbestim-

1) v. 4.7.79/BB 79,1568

In dem zugrundeliegenden Fall hatten die Arbeitnehmer ihre Tätigkeit genau aufzeichnen sollen, sodann wurden die Aufzeichnungen durch technische Geräte ausgewertet. Das Gericht sah hierin eine Kontrolle der Art der Leistungserbringung. Diese Maßnahme hielt es für mitbestimmungspflichtig. Das LAG Hamm ließ diese Frage in der Entscheidung v. 12.12.76 (EzA zu § 87 BetrVG Betriebl. Ordnung Nr. 2) noch ausdrücklich offen.

2) Föhr AuR 75,353

Lappe ArbRGgw 16,55
Nikisch BB 53,175

mung nach § 87 I (§ 56 I BetrVG 52)¹⁾ einbezogen.

Außerungen über den Regelungsbereich des § 87 I Nr. 1 finden sich vor allem dann, wenn ein Einzelthema umfassend erörtert wird, z. B. Abtretungsverbot²⁾, bargeldlose Lohnzahlung³⁾, Pfennigabsätze⁴⁾, Betriebsausflüge⁵⁾, Werkschutz⁶⁾, Tor-kontrolle⁷⁾, ärztliche Untersuchungen⁸⁾, Kleidungsfragen⁹⁾, Stellenbeschreibungen¹⁰⁾, Kontrollmaßnahmen¹¹⁾ und Rauch-verbot¹²⁾. Speziell im Hinblick auf § 87 I Nr. 1 wurden auch Führungsmethoden untersucht.¹³⁾

Im Gefolge der Produktographenentscheidung¹⁴⁾ wurde häufig die Mitbestimmung bei der Einführung und Anwendung solcher und ähnlicher Geräte besprochen.¹⁵⁾ Diese Thematik hat auf Grund der technischen Entwicklung noch an Aktualität gewonnen, wird aber überwiegend mit § 87 I Nr. 6 bewältigt.

-
- 1) Hessel DB 53,801
Hirseman BB 62,183
Schlüter DB 72, 92 u. 139
 - 2) Diekhoff AuR 58,304
 - 3) Rüthers/Germelmann DB 69,2034
 - 4) Gumpert BB 61,1380
 - 5) Feller RdA 64,41
Gumpert BB 56,1200
 - 6) Maass DB 65,144
 - 7) Dockhorn ArbGeb 59,660
 - 8) Kittner Untersuchung, S. 123ff
 - 9) Brill DB 75,1076
 - 10) Harmsen BB 80,1219
 - 11) Hunold DB 82,Beil. 18
Ossberger Kontrollen, S. 137ff
 - 12) Ballschmiede AuR 57,248
Hoffmann-Walldorf RdA 55,63
Zöllner DB 57,117
 - 13) Bieding AiB 83,12
 - 14) BAG v. 27.5.60/E 9,238
 - 15) Gaul BB 60,559
Monjau BB 64,224
Musa AuR 61,357
Schäcker DB 61,914

Durchsucht man nun diese Literatur nach einer Beschreibung dessen, was unter "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betriebe" fällt, so zeigt sich die Schwierigkeit der Beschreibung nicht nur in der Enthaltbarkeit, die dabei geübt wird, sondern auch in der Austauschbarkeit von Attributen, die der näheren Umschreibung dienen sollen. So ist einmal von der "inneren sozialen Ordnung"¹⁾ und ein andermal von der "äußeren Ordnung"²⁾ die Rede, ohne daß ein inhaltlicher Unterschied erkennbar wird.

Ein anderer Versuch der Annäherung besteht darin, den Zweck zu beschreiben, dem die unter § 87 I Nr. 1 fallenden Regelungen dienen sollen. Unter § 87 I Nr. 1 sollen danach Regelungen fallen, die durch den engen sozialen Kontakt, das Zusammenleben und Zusammenwirken bedingt sind und es erleichtern sollen.³⁾ Von anderen wird stärker die Bedeutung der unter § 87 I Nr. 1 fallenden Maßnahmen für den Arbeitsablauf betont.⁴⁾

Da dies alles nicht sehr anschaulich ist, behilft man sich in der Regel mit einer Reihe von Beispielen. Am häufigsten

1) Galperin-Löwisch § 87 Rz 59

2) Brecht § 87 Rz 12
Jäcker Einigungsstelle, S. 52
Lappe ArbRGgw 16,55 (57)
Rüthers ZfA 73,399 (409)

3) Bensinger Muster, S. 9
Brecht § 87 Rz 12
Hunold DB 82, Beil. 18, S. 7f
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 44
Lappe ArbRGgw 16,55 (57)

4) Diekhoff AuR 58,304
Küchenhoff im Anschluß an BVerwG AP Nr. 2 zu § 66 PersVG
Weiss § 87 Rz 12

werden Rauch-¹⁾ und Alkoholverbote²⁾ genannt, dann Bekleidungs Vorschriften³⁾, und Torkontrollen⁴⁾. Andere Beispiele sind Parkordnungen⁵⁾, Regelungen über eingebrachte Sachen⁶⁾, Meldewesen⁷⁾, Bestimmungen über Krankmeldungen⁸⁾, gegenseitige Vertretung⁹⁾, Behandlung des Werkzeugs¹⁰⁾, Handel¹¹⁾, Verbreitung von Druckschriften¹²⁾ und Verhalten untereinander¹³⁾.

Die negative Ausgrenzung hat, wie in der Rechtsprechung, auch in der Literatur größeres Gewicht als die positive Beschreibung. Auch hier wird mit im einzelnen unterschiedlichen Bezeichnungen darauf hingewiesen, daß auf den Arbeitsablauf oder die Arbeitsverrichtung bezogene Anordnungen nicht unter diesen Tatbestand fallen.

-
- 1) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 46
 - 2) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 46
 - 3) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
Galperin-Löwisch § 87 Rz 59 a
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 46
 - 4) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
Galperin-Löwisch § 87 Rz 59 a
 - 5) Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
 - 6) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
Galperin-Löwisch § 87 Rz 59 a
 - 7) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
 - 8) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Galperin-Löwisch § 87 Rz 59 a
 - 9) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
 - 10) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
 - 11) Galperin-Löwisch § 87 Rz 59 a
 - 12) Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 46
 - 13) Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a

Gelegentlich werden auf das Hausrecht, das Eigentum, den Besitz oder die Sachherrschaft gestützte Maßnahmen gesondert erwähnt. Ob diese Maßnahmen mitbestimmungsfrei sind, ist streitig. Hier finden wir einen Diskussionspunkt in der Literatur, der in der Rechtsprechung kaum eine Rolle spielt. Angesichts der Bedeutung, die dieses Kriterium erlangen könnte, ist ein näheres Eingehen auch auf diese Frage im Rahmen der Auseinandersetzung mit den bereits aufgefundenen anderen Kriterien unumgänglich.

2.3. Zusammenfassung

Insgesamt ergibt sich, daß die allgemeinen Erläuterungen des Tatbestandes für die Lösung von Einzelproblemen wegen ihrer großen Unbestimmtheit nicht sehr ergiebig sind. Hilfreicher sind Rechtsprechung und Lehre durch die Entwicklung von Merkmalen, die die Subsumierbarkeit einer Maßnahme unter § 87 I Nr. 1 ausschließen. Hier sind lohnende Ansatzpunkte für eine Auseinandersetzung gegeben. Es liegt nahe, die Tragfähigkeit dieser vorgefundenen Kriterien zu überprüfen. Hieraus könnte sich ein Prüfungskatalog entwickeln, der erlaubt, Maßnahmen, die nicht unter § 87 I Nr. 1 fallen, leichter zu erkennen. Es soll deshalb im folgenden auf diese Kriterien im einzelnen eingegangen werden.

Dies könnte eine große Erleichterung bei der Anwendung bedeuten. Dennoch hat die bloß negative Prüfung etwas Unbefriedigendes. Damit sie ausreicht, ist Voraussetzung, daß der Negativkatalog so vollständig faßbar ist, daß sich alle verbleibenden Maßnahmen § 87 I Nr. 1 zuordnen lassen. Davon kann man aber nicht von vornherein ausgehen. Auch dies müßte erst nachgewiesen werden. Es kann deshalb nicht auf den Versuch verzichtet werden, die unter § 87 I Nr. 1 fallenden Maßnahmen auch positiv zu erfassen.

3. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 87 I Nr. 1

Nach § 87 I Nr. 1 hat der Betriebsrat, "soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

1. Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb".

3.1. Der Wortlaut dieser Bestimmung

3.1.1. Die Bedeutung der in der Vorschrift enthaltenen Wörter

Schon oben wurde darauf hingewiesen, daß es sich bei den in § 87 I Nr. 1 enthaltenen Begriffen "Ordnung" und "Verhalten" um Wörter mit besonders umfassender Bedeutung handelt.¹⁾

Außerdem haben sie einen außerordentlich hohen Abstraktionsgrad. So findet sich in der Brockhaus Enzyklopädie ²⁾ unter dem Stichwort "Ordnung" folgende Erläuterung: "allgemein: sinnvoller Zusammenhang von Elementen, die nicht Teilglieder eines Ganzen, sondern selbständige Größen oder Wesen sind, deren Beziehungen zueinander aber einem bestimmten auch gelegentliche Änderungen überdauernden inneren Gesetz unterstehen".

Selbst in dieser, nicht auf Ordnung als Rechtsbegriff bezogenen Erläuterung, wird eine Schwierigkeit der rechtlichen Bewertung deutlich. Die Ordnung ist für sich genommen inhalts-leer. Um festzustellen, ob irgendetwas tatsächlich der Ordnung dient, wird ein Maßstab gebraucht. Die genannten Bezugspunkte "sinnvoller Zusammenhang" und "inneres Gesetz" müssen ausgefüllt werden.

1) Darauf hat schon Herschel in seiner Anmerkung zur Margarine-Mützen-Entscheidung (BAG v. 15.12.61/E 12,124) hingewiesen (AuR 62,189).

2) Bd. 13, 1971

Sogar im umgangssprachlichen Gebrauch des Wortes Ordnung wird dieser Zwiespalt erkennbar. Es wird damit ebenso ein Regelwerk bezeichnet, also der erforderliche Maßstab, als auch der tatsächliche Ablauf nach solchen Regeln.

Das Verständnis von Ordnung im Sinne eines Regelwerks liegt nahe, weil Ordnung im positiven Recht häufiger in diesem Sinne gebraucht wird. Insbesondere die Verfahrensgesetze werden gern als Ordnung bezeichnet (Zivilprozeßordnung, Verwaltungsgerichtsordnung, Strafprozeßordnung, Finanzgerichtsordnung), aber auch andere Gesetze führen die Bezeichnung Ordnung (Reichsversicherungsordnung, Bundesrechtsanwaltsordnung, Grundbuchordnung).

Die Mitbestimmung bei der Ordnung des Betriebes hieße dann nichts anderes als die Mitbestimmung bei der Aufstellung eines Regelwerks. Darauf kommt es auch heraus, wenn der Tatbestand des § 87 I Nr. 1 als Mitbestimmungstatbestand für die Aufstellung einer Arbeitsordnung bezeichnet wird.¹⁾ Die bloße Aussage, daß eine Arbeitsordnung auf diesen Mitbestimmungstatbestand gestützt werden kann, sagt aber über § 87 I Nr. 1 nichts aus. Mit dem bloßen Wort "Arbeitsordnung" wird keine inhaltliche Aussage mehr getroffen, seitdem die gesetzlichen Vorschriften über den Inhalt der Arbeitsordnung entfallen sind. Ein Mitbestimmungstatbestand kann sich aber nicht abstrakt auf die Aufstellung eines inhaltlich nicht bestimmten Regelwerks beziehen, denn die Berechtigung zur Regelung steckt schon in der Tatsache, daß es sich um einen Mitbestimmungstatbestand handelt.

1) Adomeit BB 72,53 (53)

Ist dieses Verständnis der Ordnung wenig hilfreich, so ist es die Vorstellung von Ordnung als tatsächlichem Ablauf erst recht nicht. Hier muß der Maßstab, ob etwas Ordnung ist, erst von außen herangetragen werden. Dieser Maßstab ist sicher nicht unauffindbar. Der Formulierung liegen Vorstellungen zugrunde, was zur Ordnung des Betriebes gehört, wie es auch Vorstellungen über eine Hausordnung oder eine Schulordnung gibt. Jedoch ergibt sich ein solcher Inhalt nicht aus dem Wortlaut allein.

Das Wort "Verhalten" ist zwar weniger abstrakt, es ist aber auch besonders umfassend. In der Rechtssprache bedeutet es jedes Tun, Dulden oder Unterlassen.¹⁾ Hierunter könnte also jede Verpflichtung der Arbeitnehmer, aber auch jedes Verbot gefaßt werden.

Auch eine nähere Betrachtung des Wortlauts ergibt also einen kaum beschränkten Anwendungsbereich. Allerdings ist sowohl der Ordnung als auch dem Verhalten eine nähere Bestimmung, mithin eine Eingrenzung, beigegeben. Bei der Ordnung muß es sich um die Ordnung des Betriebes, beim Verhalten um ein Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb handeln. Bei beiden Teilen des Tatbestandes ist der Betriebsbezug ausdrücklich hervorgehoben. So handelt es sich bei der Gestaltung der Ordnung nicht um die Ordnung der einzelnen Arbeitsbeziehung, sondern um die Ordnung des Betriebes, also der organisatorischen Einheit, die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausgeht. Gerade diese Einheit soll einem ordnenden System unterworfen werden. Für das Verhalten der Arbeitnehmer ist mit dem Betrieb eine räumliche Begrenzung angedeutet.

1) Die lexikalische Bestimmung dieses Wortes ist so naturwissenschaftlich betont, daß sie zur rechtlichen Annäherung nicht brauchbar ist. So heißt es in Meyers Enzyklopädischem Lexikon unter dem Stichwort Verhalten: im weiteren Sinne die Gesamtheit aller beobachtbaren (feststellbaren oder meßbaren) Reaktionsweisen oder Zustandsänderungen von Materie, insbes. das Reagieren lebender Strukturen auf Reize; im engeren Sinne die Gesamtheit aller Körperbewegungen, Körperhaltungen und des Ausdrucksverhaltens (Lautäußerungen, Setzen von Duftmarken u. a.) eines lebenden tier. Organismus in seiner Umwelt.

Ein Tatbestandsteil des § 87 I Nr. 1 ist auch das Wort "Fragen". Soweit ersichtlich werden aber aus dieser Formulierung keine Folgerungen gezogen¹⁾. In der Tat ist nicht recht erkennbar, welche Bedeutung diesem Wort zukommen kann. Da die Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb nicht eingeschränkt werden, also alle Fragen von diesem Tatbestand erfaßt werden, könnten die Fragen auch gleich ganz wegfallen.

Außer in § 87 I Nr. 1 ist noch in Nr. 10 diese Formulierung gewählt. Dort ist von Mitbestimmung bei "Fragen der betrieblichen Lohngestaltung" die Rede. Vergleicht man diese Mitbestimmungstatbestände mit denjenigen, die das Thema der Regelung direkt ansprechen, so tritt zutage, daß es sich dabei jeweils um umfassende Tatbestände handelt. Es mag deshalb die Vorstellung zugrundeliegen, man könne diese Tatbestände durch Einzelregelungen nicht erschöpfen, sondern immer nur einzelne Fragen herausgreifen. Eine inhaltliche Beschränkung ist darin aber nicht zu sehen.

3.1.2. Die Grenzen der Wortlautbetrachtung

Die Bedeutung der einzelnen in § 87 I Nr. 1 enthaltenen Worte läßt noch viele Fragen offen. Bei der "Ordnung" liegt das Problem, wie ausgeführt, darin, zu ermitteln, wie die Ordnung des Betriebes gesehen wurde. Beim "Verhalten" zeigt ein kurzer Überblick über die Betriebsverfassung, daß "Verhalten" nicht in der möglichen umfassenden Bedeutung gemeint sein kann.

1) Man vergleiche nur die Überschriften in den einschlägigen Kommentaren. Sie lassen das Wort "Fragen" ausnahmslos unter den Tisch fallen.

Noch ein weiteres Problem zeigt die Grenzen der Wortlautbetrachtung auf. Dieses Problem, das früher nur ein Schattensein führte, ist durch die jüngste Rechtsprechung des BAG¹⁾ akut geworden.

Oberwiegend betrachtet man § 87 I Nr. 1 als einheitlichen Tatbestand, d. h. es wird nicht zwischen der Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeitnehmer unterschieden. Die These vom einheitlichen Tatbestand wird, soweit ersichtlich, nur in der Form vertreten, daß nach § 87 I Nr. 1 das Verhalten der Arbeitnehmer geregelt wird, soweit es die Ordnung des Betriebes betrifft.²⁾

Einige Autoren teilen die Auffassung, es handele sich um einen einheitlichen Tatbestand, nicht und ordnen den beiden Teilen des Tatbestandes unterschiedliche Sachverhalte zu.³⁾

Eine solche Zuordnung hat auch das BAG im Sicherheitswettbewerb-Beschluß⁴⁾ vorgenommen. In dieser Entscheidung führt das BAG aus, unter Ordnung des Betriebes seien verbindliche Verhaltensvorschriften zu verstehen. Das Verhalten der Arbeitnehmer im Betriebe erfasse hingegen jede Verhaltensbeeinflussung, die keine verbindliche Anweisung darstelle. Zur Begrün-

1) v. 24.3.81/E 35,150

2) LAG Düsseldorf v. 13.7.76/zitiert nach Brill DB 78, Beil. 9, S. 3
LAG Frankfurt v. 21.6.77/zitiert nach Brill DB 78, Beil. 9, S. 3
LAG Hamm v. 13.8.80/DB 80,1582
LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385
Dietz-Richardi § 87 Rz 139
Harmsen BB 80,1219 (1219)
Nikisch III, S. 412
Rüthers-Germelmann DB 69,2084 (2084)
Wiese Initiativrecht, S. 40
Zöllner DB 57,117 (118)

3) Föhr AuR 75,353 (358)
Jäcker Einigungsstelle, S. 53
Lappe ArbRGgw 16,55 (57)
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 44
Schaub § 235 II 1 (S. 1184ff)

4) s. Fn 1

dung verweist das BAG auf das Wort "Ordnung". Es stellt die Behauptung auf, daß es ohne Verbindlichkeit keine Ordnung gebe.

Eine Abgrenzung der beiden Teile des Tatbestandes ist in dieser Form aber nicht möglich. Betrachtet man vorangegangene Gesetze über die Betriebsverfassung, dann stellt man fest, daß diese Gesetze weitaus überwiegend Beteiligungsrechte für die "Arbeitsordnung" einräumen.¹⁾ Da der Inhalt dieser Arbeitsordnung nicht beschrieben, sondern als bekannt vorausgesetzt wird, ist der Schluß erlaubt, daß hiermit an die Arbeitsordnung der GewO angeknüpft werden soll. Soweit eine inhaltliche Bestimmung erfolgt, ist die Anknüpfung an die Arbeitsordnung der GewO doppelt deutlich.²⁾

Eine Unterscheidung der beiden Tatbestandsteile ist aber zur Zeit der Arbeitsordnung i. S. der GewO niemals erfolgt und erfolgte auch zur Geltungszeit des Landesrechts nicht.

Daß die oben erwähnten Zuordnungen nicht haltbar sind, ergibt sich besonders deutlich bei Betrachtung des Bremischen BRG³⁾, das nur die Erwähnung der Ordnung des Betriebes enthält. Hier ergeben die Zuordnungen, die in Rechtsprechung und Literatur vorgenommen worden sind, wobei dann die auf das Verhalten bezogenen Maßnahmen entfallen, durch kein Argument zu stützende Ergebnisse.

In der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung fällt

1) § 37 Nr. 4 LVO BR Rhld.-Pfalz

§ 7 I Nr. 8 VO BR Saarland

§ 35 I lit. b BRG Hessen

§ 17 I Nr. 2 G ü Bet. der AN Württemberg-Baden

§ 21 I lit. d BRG Baden

Fundstellen vgl. S. 3 Fn 1

2) § 27 AOG

§ 66 m BRG Württemberg-Hohenzollern.

§ 27 G z BR-Recht Schleswig-Holstein v. 3.5.50 (SchlHGVB1, S. 16)

§ 82 BRG Bayern

Fundstellen vgl. S. 3 Fn 1

3) § 34 II BRG Bremen v. 10.1.49/GB1 Bremen, S. 7

gerade auf, daß die Tatbestandsteile völlig unbedenklich ausgetauscht werden, daß also der objektiv bestehende Unterschied im Wortlaut der beiden Tatbestandsteile nicht beachtet wird. So verwendet das BAG in der Produktographenentscheidung¹⁾ verschiedene Oberbegriffe über den gesamten Tatbestand, z. B. "Ordnung des Betriebes", "Ordnung der Arbeit", "Verhalten der Arbeitnehmer", "betriebliche Ordnung" und "Arbeitsordnung". Eine inhaltliche Differenzierung ist nicht erkennbar.

Die Dauer eines Gesetzesverständnisses mag für sich allein noch kein ausschlaggebendes Argument sein, immerhin bürdet sie demjenigen, der dieses Verständnis verändern will, eine beträchtliche Argumentationslast auf. Diese Argumente fehlen aber bei den bisherigen Versuchen der Differenzierung.

Die dargestellten Versuche zeigen deutlich die Grenzen einer Wortlautbetrachtung des § 87 I Nr. 1 auf. Es handelt sich um einen Tatbestand, bei dem man heute kaum noch unbefangen vom Wort ausgehen kann. Der Tatbestand ist durch die langjährige Verwendung, wobei immer wieder die Übernahme in neue Gesetze mit anderen arbeitsrechtlichen Zusammenhängen erfolgt ist, derart geprägt, daß die tatsächliche Verwendung gegenüber der Wortlautbetrachtung Vorrang haben muß.

Deshalb ist auch der Wortlaut als Ausgangspunkt einer Zuordnung untauglich. Eine Zuordnung läßt sich nur vertreten, wenn man zunächst den Inhalt des gesamten Tatbestandes ermittelt und dann offenlegt, daß man aus Gründen der Diskussionserleichterung eine Zuweisung von Fallgruppen vornehmen will.

1) v. 27.5.60/E 9,238

3.2. Die Bedeutung der früheren Interpretation des Tatbestandes "Ordnung des Betriebes und des Ver- haltens der Arbeitnehmer (Arbeiter) im Betrieb"

Wie schon aus diesem letzten Abschnitt hervorgegangen ist, handelt es sich bei dem Tatbestand der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer (früher Arbeiter) im Betrieb um einen für das Betriebsverfassungsrecht verhältnismäßig alten Tatbestand. Es liegt deshalb nahe, zu fragen, welche Schlüsse von der damaligen Anwendung auf die heutige Interpretation möglich sind. Denn es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber diese Anwendung wenigstens in Umrissen gekannt hat, als er sich entschloß, diese Formulierung ins BetrVG von 1972 aufzunehmen.

3.2.1. Bestimmungen über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter im Betrieb in der Arbeitsordnung i. S. d. GewO

1891 wurde in die GewO die Pflicht des Arbeitgebers aufgenommen, eine Arbeitsordnung zu erlassen.¹⁾ Es wurde zugleich bestimmt, welche Themen in dieser Arbeitsordnung behandelt werden sollten. Die Pflicht, Vorschriften in die Arbeitsordnung aufzunehmen, wurde je nach Thema unterschiedlich stark ausgestaltet. Man unterschied zwischen obligatorischen, bedingt obligatorischen und fakultativen Bestimmungen.

Als obligatorisch bezeichnete man dabei die Vorschriften, die in eine Arbeitsordnung aufgenommen werden mußten, also den Mindestinhalt der Arbeitsordnung. Die Arbeitsordnung mußte Bestimmungen über Anfang und Ende der regelmäßigen

1) Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 1.6.91 (RGBl, S. 261); auch als Arbeiterschutzgesetz oder Lex Berlepsch bezeichnet.

täglichen Arbeitszeit enthalten, sowie Bestimmungen über Anfang und Ende der für die erwachsenen Arbeiter vorgesehenen Pausen und über Zeit und Art der Abrechnung und der Lohnzahlung. Der Mindestinhalt der Arbeitsordnung war danach nicht gerade umfangreich, er enthielt aber für die Arbeiter elementare Fragen.

Bedingt obligatorische Regelungen brauchten nicht in der Arbeitsordnung enthalten zu sein. Wenn aber diese Themen wirksam geregelt werden sollten, konnte das nur in einer Arbeitsordnung geschehen. Hierzu gehörten Fristen für eine Kündigung, wenn sie von den gesetzlichen Fristen abwichen, Gründe für eine außerordentliche Kündigung, die Regelung von Betriebsstrafen und die Verwendung von Lohnbeträgen, die wegen rechtswidriger Aufkündigung verwirkt waren.

Bestand lediglich die Möglichkeit, das betreffende Thema in der Arbeitsordnung zu regeln (fakultative Bestimmungen), so konnte eine Regelung auch außerhalb der Arbeitsordnung oder gar nicht erfolgen. Diese fakultativen Bestimmungen waren die Bestimmungen über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter im Betrieb.

Der Schutz, der durch diese Vorschriften bewirkt wurde, war gering, denn der Inhalt der Arbeitsbedingungen wurde durch die Pflicht zur Aufstellung einer Arbeitsordnung kaum beeinflusst. Es wurden nur die Themen, nicht aber der Inhalt der Arbeitsordnungen vorgegeben. Die Schutzwirkung versprach man sich von der erhöhten Publizität einer solchen Arbeitsordnung. Jeder Arbeiter kannte nun auf Grund der Publikationspflicht die wichtigsten Arbeitsbedingungen. Weitere Schutzwirkung sollte davon ausgehen, daß eine Änderung der Arbeitsordnung nicht mehr von einem Tag auf den anderen möglich war. Es mußte stets eine Frist verstreichen bis die Arbeitsordnung das Verwaltungsverfahren zu ihrer Überprüfung durchlaufen

hatte. Vor Ablauf von zwei Wochen konnte die neue Arbeitsordnung nicht wirksam werden. (§ 134 a III GewO).

War der Schutz durch die Arbeitsordnung im ganzen gering, so war er das vollends im Bereich der fakultativen Bestimmungen, wo eine Regelung noch nicht einmal an eine Arbeitsordnung gebunden war. Offensichtlich wurde das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer in diesem Bereich für gering gehalten.

Mit der weiten Formulierung wurde also kein umfassender Schutz bezweckt, sondern es wurde erreicht, daß der Regelungsgehalt der auch vorher schon vorhandenen Arbeitsordnungen beibehalten werden konnte.¹⁾ Nur in bescheidenem Rahmen wurde eine Beschränkung von Arbeitgeberbefugnissen vorgesehen. Inhaltliche Auswüchse in diesem Bereich sollten dadurch verhindert werden, daß die allgemeinen Regelungen Betriebsbezug haben mußten. Dieser Betriebsbezug sollte darin bestehen, daß die Bestimmungen auf den räumlichen Bereich des Betriebes beschränkt wurden. Daß ein rein funktioneller Bezug nicht ausreichen sollte, zeigt insbesondere ein Blick auf die ergänzende Regelung in § 134 b III 2 GewO. Dort heißt es: "Mit Zustimmung eines ständigen Arbeiterausschusses können in der Arbeitsordnung Vorschriften über das Verhalten der Arbeiter bei Benutzung der zu ihrem Besten getroffenen mit dem Betriebe verbundenen Einrichtungen sowie Vorschriften über das Verhalten der minderjährigen Arbeiter außerhalb des Betriebes aufgenommen werden."

Auch die Begründung des Entwurfs der GewO-Novelle²⁾ und der Kommissionsbericht³⁾ zeigen, daß die inhaltliche Legitimation durch die Beschränkung der Vorschriften auf den

-
- 1) Welchen geringen Einfluß die GewO-Novelle auf den Inhalt von Arbeitsordnungen hatte, zeigt ein Vergleich der beiden Fabrik-Ordnungen von 1890 und 1891 der Aktiengesellschaft Farbwerke vorm. Meister Lucius & Brüning in Höchst a. M. (abgedruckt bei Hromadka ArbO im Wandel, S. 77 - 81)
 - 2) RT-Sten. Ber. 8. Leg. per., Anlagen Bd. 1, S. 21 (Anl. 4)
 - 3) Bericht der 8. Kommission, RT-Sten. Ber. 8. Leg. per., Anlagen Bd. 2, S. 1459 (Anl. 190)

räumlichen Bereich des Betriebes hergestellt werden sollte.

Bedeutender für den Anwendungsbereich als die thematische Beschränkung war der Einfluß, den die spezielle Form auf den Inhalt der Arbeitsordnung hatte. Die Arbeitsordnung wurde vom Arbeitgeber einseitig erlassen und mußte allen Arbeitern bekannt gemacht werden (§ 134 e II GewO). Diese gesetzähnliche Form bewirkte, daß die Regeln möglichst für alle Arbeiter Geltung beanspruchen mußten und nicht an einzelne betriebliche Funktionen gebunden werden konnten. Weiter ergab sich, daß es sich zumeist um Verhaltenspflichten der Arbeiter handelte, weil die Arbeitgeber ein vordringliches Interesse zur Bekanntmachung solcher Pflichten hatten. Weiter waren die Vorschriften einer Arbeitsordnung auf Dauer angelegt.

Durch diese spezielle Form des Erlasses ergab sich also eine thematische Begrenzung, die im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck kommt.

Die verhältnismäßig geringe rechtliche Bedeutung der fakultativen Bestimmungen der Arbeitsordnung ließ kein großes Interesse an einer Interpretation dieser Vorschrift aufkommen. Als aber der Erlaß der Arbeitsordnung und der allgemeinen Dienstvorschriften mit dem BRG 1920 mitbestimmungspflichtig gemacht wurde (§ 78 Nr. 3 i. V. m. §§ 75,80 BRG 1920), tauchten die ersten Probleme auf. So räumte das RAG 1928 ein, daß generelle Anordnungen "im Produktionsprozesse" mitbestimmungsfrei sein könnten.¹⁾ Insgesamt ergibt aber eine Durchsicht der Rechtsprechung, daß keine großen Probleme mit dem Anwendungsbereich auftraten. Das kann darauf zurück-

1) v. 15.2.28/E 1,176

zuführen sein, daß allgemeine Dienstvorschriften der Arbeitsordnung gleichgestellt waren. Aber auch für diesen noch allgemeiner formulierten Tatbestand tauchten keine größeren Probleme auf.

Es gab also keine Versuche, den traditionellen Regelungsbereich einer Arbeitsordnung auf Grund des weiten Wortlauts des § 134 b III 1 GewO zu erweitern. Offenbar war die Nähe zur Arbeitsordnung, wie der Arbeitgeber sie erlassen hatte, noch zu deutlich. So blieb es bei den klassischen Gebieten der Arbeitsordnung wie Pünktlichkeit, Sauberkeit, Meldepflichten (Verspätungen, Verlassen des Arbeitsplatzes, Krankheiten), Vorschriften darüber, wo der Arbeitnehmer sich im Betrieb aufhalten darf, und die Einhaltung von Sicherheitsbestimmungen.

3.2.2. Die Mitbestimmung bei "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb" unter der Geltung des BetrVG 52

Auch dem Gesetzgeber des BetrVG 52 hat wohl diese Arbeitsordnung noch vorgeschwebt. Die Vermutung, daß die Vorstellung von dem Regelungsbereich der Arbeitsordnung der Formulierung zugrundelag, liegt deshalb nahe, weil eine Vielzahl von Betriebsrätegesetzen der Länder diese Einrichtung aufgegriffen hatte.¹⁾

Außerdem wurde der Gesetzeswortlaut ersichtlich auf der Grundlage des BRG 1920 i. V. m. der GewO formuliert. Der Katalog des § 56 I BetrVG 52 war eine Variation von Rechten des Betriebsrates bzw. der Gruppenräte nach dem BRG 1920, wobei allerdings im BRG 1920 für die Materien unterschiedliche Beteiligungsrechte vorgesehen waren.

1) Vgl. S. 3 Fn 1

Auch das BAG nahm einen Zusammenhang dieses Tatbestandes mit der Arbeitsordnung an. So stellte das BAG in der Produktographen-Entscheidung¹⁾ fest, daß der Tatbestand des § 56 I lit. f BetrVG 52 mit der historischen Arbeitsordnung identisch sei. Zusätzlich betonte es in dieser Entscheidung, es müsse sich um allgemeingültige Vorschriften handeln, was ebenfalls für einen Zusammenhang mit der Arbeitsordnung spricht.

Als Problem tauchten wieder die "Maßnahmen im Produktionsprozesse"²⁾ auf, jetzt allerdings als auf die Arbeitsleistung bezogene oder als arbeitsnotwendige Maßnahmen. Inwieweit die damalige Auseinandersetzung über diese Frage einen Einfluß auf das Verständnis des § 87 I Nr. 1 hat, soll weiter unten erörtert werden.³⁾

Die geringe Belastung der Rechtsprechung mit Problemen des § 56 I lit. f BetrVG 52, läßt vermuten, daß es einen Konsens über den Inhalt dieser Vorschrift gab. Es liegt nahe, daß die Handhabung auf der Basis der früheren Arbeitsordnungen erfolgt ist.

Dennoch kann man nicht von einer völlig ungebrochenen Kontinuität ausgehen und die Interpretation allein darauf stützen. Es veränderte sich immerhin das gesamte arbeitsrechtliche Umfeld. Im näheren Umfeld des Tatbestandes entfiel nicht nur die Pflicht zum Erlaß einer Arbeitsordnung, sondern auch die Bindung der Mitbestimmung im engeren Sinn an die Form der Betriebsvereinbarung.⁴⁾ Erhalten blieb

1) v. 27.5.60/E 9,238

2) Vgl. S. 57

3) S. u. unter 4.1.1.5. (S. 126ff)

4) Adomeit Regelungsabrede, S. 19

lediglich, jedenfalls nach h. M., die Bindung der Mitbestimmung an überindividuelle Tatbestände, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich eine Einzelfallregelung vorsieht.¹⁾

Eine weitere bedeutsame Änderung des arbeitsrechtlichen Umfeldes lag im Ausbau des Tarifvertrages. Die Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestellten-Ausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten v. 23.12.1918²⁾ hatte bestimmt, daß Arbeitsverträge unwirksam sind, soweit sie zu Ungunsten der Arbeitnehmer von einem Tarifvertrag abweichen (§ 1). Das BRG 1920 statuierte den Vorrang des Tarifvertrages auch gegenüber Betriebsvereinbarungen. Dadurch verengte sich auch der Aufgabenbereich der Betriebsvereinbarung.

Zwar muß man an die historische Arbeitsordnung anknüpfen, um den Bereich des § 87 I Nr. 1 zu erfassen, jedoch kann das nur unter Beachtung der Veränderung des arbeitsrechtlichen Umfeldes geschehen. Diese Veränderungen wirken erheblich auf den Inhalt des Tatbestandes zurück.

3.3. § 87 I Nr. 1 im Zusammenhang des Gesetzes

§ 87 I Nr. 1 ist ein Mitbestimmungsrecht. Zur Bestimmung seines Inhalts kann deshalb auch gefragt werden, in welchem Bereich Mitbestimmung überhaupt möglich ist und verwirklicht werden soll. Das Gesetz enthält noch andere Mitbestimmungsrechte. Zur näheren Bestimmung des Anwendungsbereichs kann deshalb auch herangezogen werden, in welchen Bereichen Mitbestimmung angeordnet ist. Diese Feststellung könnte einen Rückschluß auf § 87 I Nr. 1 erlauben.

1) Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 4
Galperin-Löwisch § 87 Rz 6
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 8
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 13
a.A. Dietz-Richardi § 87 Rz 17ff
Weiss § 87 Rz 3

2) RGBI, S. 1456

3.3.1. § 87 I Nr. 1 als Mitbestimmungsrecht

Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 87 I Nr. 1 werden nicht nur die Wörter herangezogen, die in der Nr. 1 enthalten sind, sondern auch das vorgeschaltete Wort "mitbestimmen". Es wird geltend gemacht, Mitbestimmen sei nur möglich, wo es auch ein Bestimmen gebe. Folglich könne es ein Mitbestimmungsrecht nur geben, wo ein Direktionsrecht gegeben sei.¹⁾

Untersucht man das Wort "Mitbestimmung", so besagt der Bestandteil "Bestimmung" in der Umgangssprache, daß hier eine Anordnung getroffen wird, die für einen anderen verbindlich ist. Wer zu bestimmen hat, kann eine Regelung treffen und vorschreiben, was geschehen soll. Der andere Bestandteil, "Mit", drückt Gemeinsamkeit, Beteiligung aus. "Mitbestimmen" heißt also gemeinsam bestimmen, an der Bestimmung beteiligt sein. Es wird dabei nicht klar ausgedrückt, wie sich die Gemeinsamkeit bei der Bestimmung gestaltet, in welcher Art sich die Beteiligung vollziehen soll. Über die Grundlage des Rechts, etwas zu bestimmen, sagt das Wort nichts aus.

Auch eine historische Betrachtung des Gebrauchs dieses Wortes im Arbeitsrecht gibt für eine Beschränkung des Mitbestimmungsrechts auf die Beeinflussung des Direktionsrechts nichts her.

Der Begriff "Mitbestimmung" tauchte zunächst als politisches Schlagwort auf und bezeichnete Beteiligung der Arbeitnehmer an Vorgängen, die sie als Arbeitnehmer betreffen, im weitesten Sinn. Das Wort "Mitbestimmung" tauchte weder im Arbeiterschutzesetz auf²⁾ noch im BRG 1920. Im BRG 1920 finden sich

1) Luhmann Betriebsjustiz, S. 65
Vgl. auch Söllner Leistungsbestimmung, S. 12 f

2) Dort wurde in § 134 b III 2 ein Vetorecht verankert, das man durchaus als Mitbestimmungsrecht bezeichnen kann.

die Wörter "mitwirken" (§ 78 Nr. 2), "erfolgen gemeinsam" (§ 80 II) oder "vereinbaren" (§§ 66 Nr. 5, 78 Nr. 3, 78 Nr. 8). Dementsprechend brauchte eine Klärung, was unter Mitbestimmung zu verstehen ist, nicht stattzufinden.

Da dieser Begriff im Gesetz nicht enthalten war, brauchten sich auch Rechtsprechung und Lehre nicht mit ihm auseinanderzusetzen. Eine ansatzweise inhaltliche Bestimmung findet als Erläuterung zum "Mitwirken" statt, dessen Bedeutung höchst umstritten war. Während das RAG¹⁾ und der überwiegende Teil der Lehre²⁾ "mitwirken" als vereinbaren, mitbestimmen der Gesamtheit des Betriebsrates an dem Abschluß einer Betriebsvereinbarung verstanden, wurde von anderen der Begriff der "Mitwirkung" gerade in der Gegenüberstellung mit der Bedeutung des Wortes "Mitbestimmung" gefunden. Stellvertretend sei hier der Spruch des Zentralen Schlichtungsausschusses beim Reichsarbeitsministerium v. 19.9.22 zitiert: "Der Begriff der Mitwirkung ragt über den der Mitberatung hinaus und an den der Mitbestimmung nicht heran."³⁾ Unabhängig davon, wie hier die Mitwirkung verstanden wird, wird die Mitbestimmung jedenfalls als besonders starkes Beteiligungsrecht empfunden und mit mitentscheiden oder vereinbaren gleichgesetzt.

Als Gesetzesbegriff taucht "mitbestimmen" zum ersten Mal in der Hessischen Verfassung vom 1.12.46⁴⁾ auf. Es bestand aber

1) st. Rspr., vgl. RAG v. 11.7.28/Bensh. Slg. 2,98 (100) RAG v. 20.2.32/Bensh. Slg. 14,495 (498)

2) Hueck-Nipperdey Lb 1./2. Aufl., S. 316f m. w. N. a. A. Jacobi Grundlehren, S. 309ff

3) NZfA 23,195
Vgl. ganz ähnlich LAG Leipzig v. 3.5.28 und LAG Krefeld v. 11.4.28/ beide zitiert nach Zigan, S. 36ff

4) GVBl, S. 229

Art 37 II: "Die Betriebsvertretungen sind dazu berufen, im Benehmen mit den Gewerkschaften gleichberechtigt mit den Unternehmern in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Fragen mitzubestimmen."
Dieser Absatz ist an Art 165 WRV angelehnt. Dort war allerdings von "mitwirken" die Rede.
Die bayr. Verfassung v. 2.12.46 (GVBl, S. 333) verleiht den Arbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht (Art 175).

kein gefestigtes Verständnis von Mitbestimmung, so daß über die Konsequenz dieser Formulierung Streit entstand. So wurde behauptet, mitbestimmen umfasse das ganze Spektrum der Beteiligungsrechte,¹⁾ während andere das Wort allein als Mitentscheidungsrecht deuten wollten²⁾.

Der Gesetzgeber des BetrVG 52 konnte also noch nicht von einer gefestigten Bedeutung des Wortes "mitbestimmen" ausgehen. Dementsprechend fragte man auch nach Erlaß dieses Gesetzes wieder, was mitbestimmen eigentlich bedeutet. Man stellte teilweise auf die Folgen einer unterbliebenen Beteiligung ab³⁾, teilweise auf das Gewicht der Meinung des Betriebsrates für die Entscheidung, Nach dieser letzten Meinung sollte Mitbestimmung nur vorliegen, wenn gegen den Willen des Betriebsrates keine Entscheidung getroffen werden konnte.⁴⁾

Jedenfalls wurde aber eine Beziehung des Mitbestimmungsrechts zum Direktionsrecht nicht erwogen. So wird auch noch im Gesetzestext von 1972 die Beteiligung an der Ausübung von Rechten unter der Überschrift "Mitbestimmung" gefaßt, die eindeutig nicht Ausfluß des Direktionsrechts sind. Der Betriebsrat hat nach § 99 ein Mitbestimmungsrecht in der Form eines (gebundenen) Zustimmungsrechts bei der Versetzung, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese Versetzung durch Ausübung des Direktionsrechts oder auf Grund einer Vertragsänderung erfolgt. Ebenfalls unter der Überschrift "Mitbestimmung" steht das Anhörungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen (§ 102 I). Auch das Recht zur Kündigung ist nicht aus dem Direktionsrecht hergeleitet, sondern es ist ein eigenständiges Gestaltungsrecht.

1) So die Meinung des hessischen Justizministeriums nach Engler, S. 144, und Müller, BB 48,106 (106).

2) Engler, S. 144
Meißinger RdA 50,41 (43)
Müller BB 48,106 (106)
vgl. auch LAG Frankfurt v. 11.3.47/BB 47,116

3) Siebert RdA 58,161 (168)

4) Hueck, G. RdA 52,366 (367)

Neumann-Duesberg S. 132

Nikisch III, S. 345

Insbesondere spricht aber gegen den Bezug der Mitbestimmung auf das Direktionsrecht, daß sich § 87 I auch auf materielle Arbeitsbedingungen erstreckt, die unstreitig nicht einseitig vom Arbeitgeber festgelegt werden können.

Aber auch unter der Geltung des § 56 I BetrVG 52 sah die h. M. nicht dessen ganzen Bereich als vom Direktionsrecht erfaßt an.¹⁾ Die Bedeutung des Wortes "Mitbestimmung" ist also weniger in seiner Zielrichtung als vielmehr, wie oben ausgeführt, bei der Stärke der Beteiligung zu suchen.

Regelungen nach § 87 I sind also nicht auf Regelungen beschränkt, die auch im Rahmen des Direktionsrechts hätten getroffen werden können.²⁾ Eine Beschränkung der Nr. 1 auf die Reichweite des Direktionsrechts läßt sich jedenfalls nicht aus der Zugehörigkeit zu den Mitbestimmungstatbeständen schließen.

3.3.2. § 87 I Nr. 1 BetrVG im System der Mitbestimmungsrechte

§ 87 I Nr. 1 ist nicht der einzige Mitbestimmungstatbestand. Er ist Teil einer Aufzählung von 12 Tatbeständen in § 87 I. Außer in § 87 I findet sich ein Mitbestimmungsrecht, das

1) BAG v. 7.9.56/AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG
Böttner Direktionsrecht, S. 90: § 56 I lit. e, g und h unterliegen nicht dem Direktionsrecht
Löwisch BB 61, 1200 (1200): dem Direktionsrecht unterliegen § 56 I lit. a, b, c, f und teilweise d
Neumann-Duesberg S. 124: die Einführung einer Torkontrolle ist durch Änderungskündigung oder durch Betriebsvereinbarung nach § 56 I lit. f möglich.
Nikisch III, S. 392: durch einseitige Bestimmung sind Fragen des § 56 I lit. a, c und f regelbar.
Richardi Kollektivgewalt, S. 319, spricht von Fällen, in denen ohne Betriebsrat eine Abrede mit den Arbeitnehmern formal erforderlich sei

2) Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 vor § 87 Rz 4ff

auch ein Initiativrecht umfaßt, nur in wenigen anderen Vorschriften. Zu den Fragen, die § 87 I verfahrensmäßig gleichgestellt sind, gehören § 91, die betriebliche berufliche und sonstige Bildung (§ 98 I,VI), Auswahlrichtlinien in Betrieben mit mehr als 1000 Arbeitnehmern (§ 95 II), die Sprechstunde des Betriebsrates (§ 39 I), die Sprechstunde der Jugendvertretung (§ 69), die Mitgliederzahl des Gesamtbetriebsrates (§ 47), die Mitgliederzahl des Konzernbetriebsrates (§ 55 IV) und die Mitgliederzahl der Gesamtjugendvertretung (§ 72 V). Eine Sonderstellung nimmt der Sozialplan ein, der ebenfalls eine erzwingbare Betriebsvereinbarung ist (§ 112 I 2,IV).¹⁾

Die Zusammenstellung zeigt, daß es sich außerhalb des § 87 I überwiegend um organisatorische Fragen handelt. Lediglich die berufliche Bildung, die aus dem § 56 I BetrVG 52 ausgegliedert wurde, die Auswahlrichtlinien und der Sozialplan, sowie das Mitbestimmungsrecht nach § 91 sind nicht zu den organisatorischen Fragen zu rechnen. Wenn sich ein Konzept finden läßt, warum gerade diese Materien der gemeinsamen Regelung vorbehalten wurden, so könnte das auch Rückschlüsse auf den Anwendungsbereich des § 87 I Nr. 1 zulassen.

Die Frage, welches gesetzgeberische Konzept dem § 87 I zugrundeliegt, läßt sich jedenfalls nicht auf den ersten Blick beantworten. Es erschließt sich nicht ohne weiteres, warum gerade in den aufgezählten Fragen ein Mitbestimmungsrecht verliehen ist, aber nicht in anderen.

Richardi²⁾ spricht im Zusammenhang mit dem Katalog des § 87 I von den Maßnahmen, die bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen das Recht des Arbeitgebers zur Betriebsgestaltung prägen. Andere betonen den besonderen betrieblichen Bezug der Regelungen. In § 87 I seien Fragen angesprochen,

1) BAG v. 27.8.75/DB 75,2188

2) DB 71,621 (622)

die in jedem Betrieb gesondert geregelt werden müßten.¹⁾
Wieder andere bezeichnen es als unmöglich, ein Konzept der Auswahl zu finden.²⁾

Die Schwierigkeit, ein dem Katalog des § 87 I zugrundeliegendes Konzept zu finden, mag daran liegen, daß der heutige Katalog nicht als einheitliche Regelung zustandekam, sondern Regelungsgegenstände aus älteren Vorschriften mit unterschiedlichen Beteiligungskonzepten übernommen wurden, die dann wiederum durch neue Regelungen ergänzt wurden.

Der historische Ausgangspunkt der Betriebsvereinbarung und in ganz bescheidener Form auch der Mitbestimmung liegt, wie immer wieder betont wird, in der Arbeitsordnung nach der Novelle zur Gewerbeordnung von 1891 (Arbeiterschutzgesetz). Zwar wurde diese Arbeitsordnung vom Arbeitgeber allein erlassen, es lag aber ein Schutzzweck zugrunde. Der Schutz der Arbeitnehmer sollte dadurch verbessert werden, daß ein Mindestmaß an Kontinuität und Publizität der wichtigsten Arbeitsbedingungen gesichert wurde,

Allerdings war auch schon in einem Punkt eine Mitbestimmung, wenn auch nur in Form eines Zustimmungsrechts, vorgesehen. Mit Zustimmung eines ständigen Arbeiterausschusses konnten in die Arbeitsordnung Vorschriften über das Verhalten der Arbeiter bei Benutzung der zu ihrem Besten getroffenen mit dem Betriebe verbundenen Einrichtungen sowie Vorschriften über das Verhalten der minderjährigen Arbeiter außerhalb des Betriebes aufgenommen werden (§ 134 b III 2 GewO).

1) Galperin-Löwisch § 87 Rz 1

2) Adomeit BB 72,53 (53)

Mott Mitbestimmung, S. 101

Diese Vorschrift wirkte sich als Beschränkung der Arbeitgeberbefugnisse aus.¹⁾ Die unter verschiedenen Bezeichnungen existierenden Vorläufer der Arbeitsordnung enthielten auch Vorschriften, die zum Teil sehr weit in die Gestaltung des persönlichen Lebens der Arbeitnehmer eingriffen.²⁾ Solche Regelungen waren nun ausgeschlossen. Allgemeine Regeln über das Verhalten erwachsener Arbeiter außerhalb des Betriebes waren durch Arbeitsordnung nicht mehr möglich.

Bei betrieblichen Einrichtungen wollte man solche Regelungen nicht ganz ausschließen. Hier wurde berücksichtigt, daß der Bezug zum Betrieb erhalten blieb. Bei den minderjährigen Arbeitern mag sich die Vorstellung durchgesetzt haben, daß die mangelnde Reife einen weitergehenden Eingriff in die Persönlichkeit rechtfertigt. Insgesamt läßt sich feststellen, daß die Mitbestimmung in Form eines Zustimmungsrechts für die Regelungen gegeben wurde, die nur geringen Betriebsbezug, bzw. bei Minderjährigen keinen Betriebsbezug hatten. Der Zweck des Arbeitsverhältnisses wird von diesen Regelungen nicht berührt. Die Mitbestimmung stellt hier eine Zwischenstufe zum völligen Verbot einer einseitigen Regelung dar. Dies und die Ausgestaltung als Zustimmungsrecht weisen auf einen reinen Schutzzweck dieser Mitbestimmung hin. Die schließlich in § 134 b III 2 GewO an die Zustimmung eines Arbeiterausschusses gebundenen Maßnahmen wurden zumindest als bedenklich angesehen. Die Bedenklichkeit ergab sich nicht aus der Schwere des Eingriffs, sondern aus dem das Arbeitsverhältnis nicht betreffenden Thema.

1) Vgl. dazu Teuteberg Geschichte der industriellen Mitbestimmung, S. 382f

2) So wurde in der Reichstagsdebatte eine Regelung zitiert, nach der eine Heirat nur nach vorheriger Mitteilung an den Arbeitgeber gestattet war. (Sten. Berichte über die Verhandlungen des Reichstages Session 1 1890/91, 98. Sitzung, S. 2280

Mit dem Erlaß des BRG 1920 trat eine grundlegende Wandlung ein. Die Arbeitsordnung und die allgemeinen Dienstvorschriften wurden insgesamt mitbestimmungspflichtig. Der Betriebsrat mußte solchen Regelungen zustimmen, kam es zu keiner Einigung, so konnte jeder der Beteiligten die Schlichtungsstelle anrufen, deren Spruch über diese Fragen verbindlich war (§ 5 IV 3 SchlVO).

Die Arbeitsordnung wurde also als Katalog der mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen übernommen. Die Mitbestimmung erstreckte sich nun auf alle Regelungen der Arbeitsordnung. Da zumindest die obligatorischen und die bedingt obligatorischen Regelungen als grundlegend für die Arbeiter angesehen wurden, kann man davon ausgehen, daß sich die Mitbestimmung nun gerade auf die für die Arbeitsverhältnisse wesentlichen Fragen erstrecken sollte. Ein eigenes Konzept wurde nicht geschaffen.

Auch die weiteren nach BRG 1920 mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen lassen ein solches Konzept nicht erkennen. Außer der Arbeitsordnung wurden die allgemeinen Dienstvorschriften der Mitbestimmung unterworfen (§§ 66 Nr. 5, 78 Nr. 3 BRG 1920). Es bestanden allerdings unterschiedliche Auffassungen darüber, was unter allgemeinen Dienstvorschriften zu verstehen ist. Zum Teil setzte man sie mit den fakultativen Vorschriften der Arbeitsordnung gleich.¹⁾ Etwas weiter gehen Kaskei²⁾ und Flatow/Kahn-Freund³⁾, die den gesamten Stoff der Arbeitsordnung dazurechneten.⁴⁾ Unstrittig war also immerhin, daß jedenfalls der fakultative Teil der Arbeitsordnung zu den

1) Hueck-Nipperdey Lb II 1./2. Aufl., S. 341; die Beispiele enthalten aber auch notwendige Regelungen (Fn 2)

2) ArbR, S. 26

3) BRG 1920 § 75 4) I (S. 379)

4) Flatow hatte sogar noch bis zur 11. Aufl. (1928) die Ansicht vertreten, hierzu gehöre auch der gesamte Stoff des § 78 Nr. 2 BRG 1920, also eigentlich alle Arbeitsbedingungen.

allgemeinen Dienstvorschriften gehörte.

Für das BetrVG 52 wurde eine andere Lösung gewählt. Es wurde jetzt in das Gesetz ein Katalog von Themen aufgenommen, bei denen Mitbestimmung bestehen sollte. Die Neuerungen erweisen sich aber auf den zweiten Blick als nicht ganz so groß, wie sie zunächst erscheinen. Der Katalog des § 56 I BetrVG 52 umfaßte zunächst einige Fragen der ehemaligen Arbeitsordnung. Aus der Aufzählung der in eine Arbeitsordnung aufzunehmenden Fragen wurden aber nur die notwendigen Regelungen übernommen. Hierbei handelte es sich um grundlegende Fragen, deren Regelung auch in einem anderen Sinn als dem zur Arbeitsordnung angenommenen notwendig ist. Es ist schlechthin kein Betrieb denkbar, in dem Beginn und Ende der Arbeitszeit und die Modalitäten der Auszahlung des Arbeitsentgelts nicht geregelt werden. Das folgt schon daraus, daß eine einheitliche Handhabung erfolgen muß.

Nicht übernommen wurden die bedingt obligatorischen Regelungen. Dabei handelte es sich immer um Regelungen, die eine Belastung schufen oder voraussetzten. An diese Vorschriften angelehnte Regelungen hatte es noch im Regierungsentwurf gegeben. In ihm waren Kündigungsgründe (§ 61 I lit. c) und Betriebsbußenregelungen (§ 61 I lit. d) vorgesehen.¹⁾ Sie wurden aber nicht in das Gesetz übernommen.

Weiter wurde aus der Arbeitsordnung die Möglichkeit übernommen, die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter zu regeln. Dieser Tatbestand war schon zu Zeiten des BRG 1920 auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt worden; unstreitig gehörten nämlich solche Regelungen zu den allgemeinen Dienstvorschriften.²⁾

1) BT-DrS I/1546 (auch abgedruckt RdA 50,343)

2) S. o. S. 68

Zusätzlich wurden einige Tatbestände aufgenommen, deren Vorgänger im Mitwirkungskatalog des § 78 Nr. 2 BRG 1920 enthalten waren. Ober diese Fragen konnte eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Nach heutiger Nomenklatur handelte es sich dabei um eine freiwillige Betriebsvereinbarung. So findet § 56 I lit. g BetrVG 52 (Regelung von Akkord- und Stücklohnsätzen) seinen Vorgänger in "Festsetzung der Akkord- und Stücklohnsätze oder der für ihre Festsetzung maßgebenden Grundsätze"; § 56 I lit. h BetrVG 52 (Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Einführung von neuen Entlohnungsmethoden) in "bei der Einführung neuer Löhnungsmethoden", § 56 I lit. c BetrVG 52 (Aufstellung des Urlaubsplans) in "bei der Regelung des Urlaubs der Arbeitnehmer". Ein Vorgänger des § 56 I lit. d BetrVG 52 (Durchführung der Berufsausbildung) ist darin zu sehen, daß § 78 Nr. 2 BRG 1920 dem Angestellten- oder Arbeiterrat auch ein Mitwirkungsrecht "bei Erledigung von Beschwerden über die Ausbildung und Behandlung der Lehrlinge im Betriebe" einräumt. Alle Vorschriften des § 56 I BetrVG 52 haben im BRG 1920 Vorgänger. Der als einziger noch nicht erwähnte Tatbestand § 56 I lit. e BetrVG 52 (Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen ...) hat seinen Vorläufer in § 66 Nr. 9 BRG 1920. Danach hat der Betriebsrat die Aufgabe, "an der Verwaltung von Pensionskassen und Werkwohnungen sowie sonstiger Betriebswohlfahrtseinrichtungen mitzuwirken, ...". Auch hier sollten Betriebsvereinbarungen, jedoch ohne normative Wirkung möglich sein.¹⁾

Angeichts dieser starken Anlehnung sind vor allem die Abweichungen für das Konzept des § 56 I BetrVG 52 interessant. Als einzigen in § 78 Nr. 2 BRG 1920 genannten Punkt hat die "Festsetzung der Arbeitszeit, insbesondere bei Verlängerungen und Verkürzungen der regelmäßigen Arbeitszeit" keinen Nachfolger in § 56 I BetrVG 52. Dieser Tatbestand enthält,

1) Flatow/Kahn-Freund BRG § 66 Nr. 9 Anm. 5 (S. 349)

da er den Umfang der Arbeitsleistung regelt, materielle Arbeitsbedingungen. Ähnliches fällt auf, wenn man die Veränderung der Vorschrift über den Urlaub bedenkt. Während das BRG 1920 auch die Urlaubsdauer einbezieht, handelt es sich bei § 56 I lit. c BetrVG 52 um bloße Koordination. Außer dieser Wandlung ist auch eine Wandlung zu generelleren Formulierungen erkennbar. So spricht das BRG 1920 von der Festsetzung der Akkordsätze, § 56 I lit. g BetrVG 52 hingegen lediglich von der Regelung. Während es in § 56 I lit. d BetrVG 52 um die Berufsausbildung geht, geht es in § 78 Nr. 2 BRG 1920 konkret um Beschwerden.

Bei dieser Selektion der Tatbestände des BRG zeigt sich deutlicher als bei der isolierten Betrachtung, welche Funktion das Mitbestimmungsrecht haben sollte. Übernommen wurden nämlich die Tatbestände, bei denen eine Koordination der Interessen der Arbeitnehmer nötig war, bevor man sie zur Geltung bringen konnte. Das zeigt sich bei Arbeitszeit, Abrechnung und Urlaubsplan. Übernommen wurden ferner die Regelungen, die den Arbeitnehmer in dem besonders wichtigen Bereich des Entgelts betrafen, ohne daß aber die Höhe des Entgelts einbezogen wurde. Nicht aufgenommen wurden vor allem die materiellen Regelungen, die man wohl dem Tarifvertrag überlassen wollte. Draußen blieben auch die belastenden Regelungen.

Diese insgesamt sehr starke Anlehnung an die Themen des BRG 1920, die auch bei den Themen für eine freiwillige Betriebsvereinbarung erkennbar ist, zeigt, daß kein über die Auswahlkriterien hinausgehendes Konzept gesucht worden ist.

Anders ist das Bild beim BetrVG 72. Hier wurden nicht nur die alten Themenbereiche stark ausgebaut, sondern es wurden völlig neue Bereiche der zwingenden Mitbestimmung unterstellt. Die Regelungen der Nrn. 6, 7 und 12 waren vorher nie als

Gegenstand eines Beteiligungsrechts genannt. Neu war auch das Mitbestimmungsrecht nach § 91 und die Mitbestimmung bei Auswahlrichtlinien nach § 94 II. Die Nrn. 3, 10 und 11 wurden im Sinne des BRG 1920 erweitert. Weder erweitert noch konkretisiert wurde als einziger Tatbestand § 56 I lit. f BetrVG 52, der als § 87 I Nr. 1 übernommen wurde.

Ein gemeinsames Konzept zu erkennen, ist auch bei näherer Betrachtung unmöglich. Der Ausbau der Mitbestimmung war offensichtlich weniger von einem einheitlichen Gedanken als von den konkret auftretenden Problemen des Betriebes geprägt. Es wurde für Einzelprobleme entschieden, ob sie in Zukunft der Mitbestimmung unterstehen sollten oder nicht. Dabei wich man von der bisherigen Systematik (keine Einzelfälle, keine materiellen Arbeitsbedingungen) ab, wenn es im Einzelfall erforderlich schien.

Das Konzept lag also im Ausbau des Vorhandenen. Es ist lediglich erkennbar, daß Arbeitsbedingungen geregelt werden sollten, von denen die Arbeitnehmer unmittelbar betroffen sind. Die Motive für die Aufnahme der neuen Mitbestimmungstatbestände erscheinen nicht einheitlich. Während insbesondere bei § 87 I Nr. 6 und § 91 auf das besondere Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer reagiert wurde, besteht bei anderen Tatbeständen nur ein geringes Schutzbedürfnis, so z. B. bei den Nrn. 7 und 12. Es ist deshalb anzunehmen, daß dabei die Erweiterung der Mitgestaltungsmöglichkeiten im Vordergrund stand.

Da also bei den Mitbestimmungsrechten kein gemeinsames Konzept erkennbar ist, scheitert auch der Versuch, ein solches Konzept zur Präzisierung des § 87 I Nr. 1 heranzuziehen.

3.4. Der Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1

Die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Vorschrift, die für die Lösung von Einzelproblemen sehr hilfreich ist, ist nicht ganz unproblematisch, wenn deren Anwendungsbereich erst ermittelt werden soll. Schließlich läßt sich der Sinn einer Vorschrift erst feststellen, wenn wenigstens in Umrissen erkennbar ist, unter welchen Voraussetzungen die in der Norm angegebene Rechtsfolge eintritt. Hier muß also einerseits der noch unbestimmte Tatbestand, andererseits der mögliche Sinn der Norm betrachtet werden.

Für § 87 I Nr. 1 ist darüberhinaus nützlich, daß dieser Tatbestand Teil einer Aufzählung ist. Dadurch kann auf den Sinn aller Mitbestimmungsrechte nach § 87 I Bezug genommen werden.

3.4.1. Der Sinn und Zweck der Mitbestimmung nach § 87 I

Als Zweck der Mitbestimmung nach § 87 I wird sowohl der Schutz der Arbeitnehmer vor Alleinbestimmung des Arbeitgebers als auch die Herstellung eines bestimmten Status der Arbeitnehmer im Betrieb genannt. Es wird darauf hingewiesen, daß hiermit eine Erleichterung bei der einheitlichen Veränderung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer gegeben ist, die notfalls über die Einigungsstelle erstrebt werden kann.

3.4.1.1. Die Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen

Der den Tatbeständen des § 87 I zugrundeliegende Gedanke kann sein, daß in diesem Bereich einheitliche Arbeitsbedingungen wünschenswert oder zwingend sind und deshalb eine Möglichkeit zur Durchsetzung einheitlicher Arbeitsbe-

dingungen gegeben werden soll.

Das Mitbestimmungsrecht allein bietet diese Möglichkeit zwar noch nicht, da aber jeder Mitbestimmungstatbestand grundsätzlich Thema einer Betriebsvereinbarung sein kann, wird die Möglichkeit zu einheitlicher Regelung impliziert.

Dennoch kann die Möglichkeit, einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen, nur Nebenzweck des § 87 I sein. Betrachtet man die Tatbestände des § 87 I, so besteht bei den meisten die Möglichkeit einseitiger Regelung, wenn kein Betriebsrat vorhanden ist. Die Einheitlichkeit der Regelung könnte also ohne das Mitbestimmungsrecht einfacher und mit größerer Sicherheit hergestellt werden.

Eine Erleichterung der Schaffung einheitlicher Arbeitsbedingungen ist bei den materiellen Arbeitsbedingungen gegeben, die aber nur einen geringen Teil der Tatbestände des § 87 I ausmachen.

3.4.1.2. Der Schutz vor einseitiger Ausübung des Direktionsrechts

Der Gedanke einer Schutzfunktion liegt bei arbeitsrechtlichen Regelungen immer nahe. Dieser Schutz kann in unterschiedlichen Bereichen erforderlich sein. Das Arbeitsverhältnis ist unter anderem dadurch gekennzeichnet, daß der Arbeitgeber, den in Bezug auf die konkreten einzelnen Pflichten zumeist inhaltsleeren, Arbeitsvertrag ausfüllen und einseitig Anordnungen treffen darf. Es drängt sich auf, daß dadurch die Gefahr von inhaltlich einseitigen Regelungen besteht. Dieser Einseitigkeit soll durch die Mitbestimmung entgegengewirkt werden.

Dementsprechend wird der Sinn und Zweck des § 87 I in der

Einschränkung des Direktionsrechts gesehen.¹⁾ Dazu passen Vorstellungen wie die einer "Filterwirkung"²⁾ der Mitbestimmungsrechte.

Gegen eine solche auf einseitige Anordnungen bezogene Schutzwirkung des § 87 I kann man einwenden, die Themen des § 87 I seien überwiegend günstigkeitsneutral.³⁾ Die Vorstellung formelle Arbeitsbedingungen seien günstigkeitsneutral, ist verbreitet.⁴⁾ Sie spielt insbesondere bei der Abweichung von tarifvertraglichen Regelungen wegen der Geltung des sog. Günstigkeitsprinzips (§ 4 III TVG⁵⁾) eine Rolle.

Zunächst ist festzustellen, daß es auch im Bereich formeller Angelegenheiten häufig objektiv erkennbare Abstufungen gibt. Im Bereich formeller Angelegenheiten wird vielfach die freie Entfaltung der Persönlichkeit beschränkt. Da der Grad der Beschränkung schwanken kann, ist auch eine Abstufung der Günstigkeit möglich. Günstiger ist stets eine Regelung, die weniger als eine andere in die Freiheit der Arbeitnehmer eingreift (Beispiel: keine Torkontrolle ist besser als Torkontrolle⁶⁾). Günstiger ist auch stets eine Regelung, die Wahlmöglichkeiten beläßt, gegenüber jeder Möglichkeit, die sie einschließt (Beispiel: gleitende Arbeitszeit ist günstiger als alle in ihr enthaltenen festen Zeiten). Der Behauptung der Günstigkeitsneutralität formeller Arbeitsbedingungen muß also widersprochen werden.

1) Föhr AuR 75,353 (358)

Galperin-Löwisch § 87 Rz 58

zu § 56 I BetrVG 52: Maurer AuR 56,137 (143)

Richardi Kollektivgewalt, S. 256

Schnorr von Carolsfeld im Anschluß an BAG AP Nr. 14 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg

2) Söllner Leistungsbestimmung, S. 66

3) Adomeit Regelungsabrede, S. 53 (zu § 56 BetrVG 52)

4) Richardi Kollektivgewalt, S. 385

Säcker ZfA Sonderheft 72,41 (55)

5) v. 9.4.49/WiGB1 49, S. 55,68

6) Konzen BB 77,1307 (1310)

Es ist allerdings so, daß bei vielen Fragen eine objektive Günstigkeitsabstufung nicht vorgenommen werden kann. Das muß aber nicht gegen einen Schutzzweck sprechen. Im subjektiven Bereich ist immer das am günstigsten, was dem eigenen Interesse entspricht. Ein Schutz vor Arbeitsbedingungen, die nicht das eigene Interesse berücksichtigen, ist immer möglich. Dagegen kann man einwenden, der subjektive Gesichtspunkt versage, wo es um eine Gruppe von Menschen geht, deren Interesse keineswegs homogen zu sein braucht. Dieser Gesichtspunkt leuchtet zwar zunächst ein, verliert aber an Überzeugungskraft, wenn man bedenkt, daß das BetrVG auf der Möglichkeit aufbaut, Interessen zu bündeln und Mehrheitsmeinungen zu bilden. Auf diese Weise ist auch die Bildung eines Interesses der Arbeitnehmerschaft möglich.

Auch die Anerkennung einer Vergleichbarkeit materieller Arbeitsbedingungen geht von der Vorstellung eines gemeinsamen Interesses aus, nämlich des Interesses, für eine Leistung eine möglichst große Gegenleistung zu erhalten. Dieses Interesse kann nach der Lebenserfahrung als gemeinsames Interesse unterstellt werden. Bei den formellen Arbeitsbedingungen wird hingegen häufig kein gemeinsames Interesse vorhanden sein. Ein überwiegendes Interesse muß erst ermittelt werden. Hier liegt der Unterschied, nicht aber in der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer.

3.4.1.3. Der Schutz vor Ausübung eines faktischen Alleinbestimmungsrechts

Während der Sinn und Zweck des § 87 I fast einmütig in der Beschränkung des Direktionsrechts gesehen wird, bestehen Zweifel, ob § 87 I auch Schutz vor Regelungen bieten soll, die nur im Wege des Vertragsschlusses getroffen werden können. Wenn zu einer Regelung das Einverständnis des Arbeit-

nehmers notwendig ist, ist das Schutzbedürfnis mindestens zweifelhaft.

Darüberhinaus wird es sogar als ein Angriff auf die Selbstbestimmung der Arbeitnehmer bezeichnet, wenn im vertraglichen Bereich ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt wird. Immerhin hätte der Arbeitnehmer bei Anordnungen, die den Arbeitsvertrag nicht nur konkretisieren, sondern verändern, die rechtliche Möglichkeit, eine eigene Entscheidung darüber zu treffen, ob er sich auf die Veränderung einlassen will oder nicht. Dazu wird ausgeführt, es müsse der Gefahr entgegengewirkt werden, daß an die Stelle der Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber die Fremdbestimmung von Arbeitgeber und Betriebsrat in noch größerem Ausmaß trete. Aus der Sicht des Einzelnen läge eine Fremdbestimmung auch vor, wenn der Betriebsrat mitbestimme.¹⁾

Eine Betrachtung der Wirklichkeit widerlegt aber die These, nur im Bereich des Direktionsrechts bestehe ein Schutzbedürfnis. Auch die Gefahr bei Annahme eines Schutzes vor faktischer Alleinbestimmung würde sich dieser Schutz in einen Angriff auf die Selbstbestimmung verwandeln, ist bei näherer Betrachtung nicht gegeben.

Die Möglichkeit einer Entscheidung des Arbeitnehmers für oder gegen Änderung des Arbeitsvertrages dürfte meistens nicht gegeben sein. Oft ist der Unterschied zwischen Ausübung des Direktionsrechts und Angebot zur Vertragsänderung kaum erkennbar. Die Beteiligten sind sich der Rechtslage nicht immer bewußt. Dann besteht wegen des Nichtwissens oder der Ungewißheit ein Zwang, sich auf die Änderung der Arbeitsbedingungen einzulassen. Nur bei besonders belastenden Bedingungen wird der Arbeitnehmer einen Rechtsstreit auf sich nehmen. Es ergibt sich daraus auch im Bereich der

1) Richardi Betriebsverfassung, S. 25 ff

vertraglichen Regelung eine faktisch einseitige Regelungsmacht.¹⁾

Dementsprechend besteht nicht nur im Bereich des Direktionsrechts ein Schutzbedürfnis, sondern auch in den einzelvertraglich festzulegenden Bereichen.

3.4.1.4. Die Teilhabe der Arbeitnehmer an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen

Der Schutz der Arbeitnehmer allein kann aber nicht Sinn des § 87 I sein. Denn die Schutzfunktion des Betriebsrates kann nicht erklären, warum der Betriebsrat verpflichtet ist, auch zum Wohl des Betriebes mit dem Arbeitgeber zusammenzuwirken (§ 2 I) und gegebenenfalls zum Nachteil der Arbeitnehmer tätig zu werden.

Allgemein wird aber dem in § 87 I enthaltenen Beteiligungsrecht noch ein weitergehender Sinn zugesprochen. Hiermit soll nämlich dem Betriebsrat eine über die reine Abwehr hinausgehende Funktion gegeben sein. Damit spiegelt die Betriebsverfassung ein bestimmtes Gesellschafts- und Menschenbild wider.

Während in der Zeit der Industrialisierung der Arbeitgeber noch weitgehend als Patriarch angesehen wurde, der von den Arbeitnehmern Gehorsam fordern durfte und zu umfassender Fürsorge verpflichtet war²⁾, sah man die Arbeitnehmer nun

1) Säcker ZfA 72, Sonderheft, S. 41 (57)

2) Die Äußerungen des Industriellen Freiherr von Stumm in der Reichstagsdebatte über das Arbeiterschutzgesetz legen ein lebhaftes Zeugnis dafür ab.
"Ich habe die Überzeugung, daß, wenn in der Tat unsere sozialen Verhältnisse sich bessern sollen, sie sich nur auf die Weise bessern können, daß der Arbeitgeber dem Arbeiter persönlich näher tritt, daß er sowohl für sein materielles Interesse ein warmes Herz hat, als auch seine sittlichen Verhältnisse im Auge behält." (RT-Sten. Ber. 8. Leg.per. 1890/91, 98. Sitzung, S. 2270f)

als auf gleicher Stufe stehende, mündige Persönlichkeiten. Ein völliges Unterworfenesein im Betrieb stand dazu im Widerspruch. Die Wandlung des Bildes bewirkte, daß die Arbeitnehmer aus ihrer Unmündigkeit gelöst und zu aktiven Teilnehmern des Betriebsgeschehens gemacht werden sollten. Es ist nicht ganz treffend in diesem Zusammenhang von einem Leitprinzip "Selbstbestimmung"¹⁾ auszugehen. Bei der Verwendung dieses Schlagwortes liegt der Gedanke an individuelle Selbstbestimmung zu nahe. Diese Form der Selbstbestimmung soll durch die Mitbestimmung nicht verwirklicht werden. Das Fehlen dieser Möglichkeit wird gerade kompensiert. Es kann hier nicht um die Selbstbestimmung des Einzelnen, sondern nur um eine kollektive Selbstbestimmung der Gesamtheit der Arbeitnehmer gehen.

Diese Vorstellung wird besser als mit Selbstbestimmung mit dem ebenfalls als Leitprinzip der Betriebsverfassung genannten Begriff der "Betriebsdemokratie"²⁾ ausgedrückt. In diesem Bild ist bereits der Gedanke enthalten, daß ein Interessenausgleich unter vielen Einzelnen im Vorfeld der Entscheidung stattfinden muß. Allerdings wird ist die Bezeichnung eines der Leitprinzipien der Betriebsverfassung als Betriebsdemokratie nicht ganz treffend.³⁾ Mit dem aus dem Staatsrecht entlehnten Begriff der Demokratie gibt es zwar Überschneidungen, so die Wahl des Betriebsrates, der Funktionen bei der innerbetrieblichen Rechtsetzung hat, andererseits kommt aber damit nicht zum Ausdruck, daß es bei der Betriebsverfassung auch um die Beziehung zum Arbeitgeber geht, dem die Arbeitnehmer nicht durch Wahl, sondern vertraglich verbunden sind.

1) Richardi Kollektivgewalt, S. 122
Thiele GK-BetrVG Einl. Rz 22,31

2) Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II,2 S. 1062f
Neumann-Duesberg S. 60ff
Rohde MitbestGespr 72,155 (155)

3) Thiele GK-BetrVG Einl. Rz 21

Will man einerseits den aktiven Status der Arbeitnehmer betonen, andererseits aber auch ausdrücken, daß Rechte gemeinsam wahrgenommen werden, so kann man von einer Teilhabefunktion der Mitbestimmungsrechte sprechen. Die Stellung des Einzelnen als Subjekt wird anerkannt, indem die im Arbeitsrecht enthaltenen Herrschaftsformen zurückgedrängt werden. Die Stellung als Teilnehmer an Entscheidungen, durch die man selbst betroffen ist, erscheint dem heutigen Bild von einem selbstverantwortlichen, mündigen Menschen gemäß.

Sinn der Mitbestimmungsrechte ist es damit auch, die Arbeitswelt im Sinne dieses Menschenbildes zu prägen.

3.4.2. Die Bedeutung dieser Zwecke für § 87 I Nr. 1

Es wurde gezeigt, daß mit der Einräumung eines Mitbestimmungsrechts mehrere Zwecke verfolgt werden. Bezieht man sämtliche dieser Zwecke in die Auslegung ein, so ist allerdings für die Anwendung im Einzelfall wiederum nicht viel gewonnen. Es ist deshalb auch weiter zu untersuchen, inwieweit diese Zwecke im Bereich des § 87 I Nr. 1 verwirklicht werden sollen.

3.4.2.1. Die Einschränkung des Direktionsrechts als Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1

Für § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) wird darauf hingewiesen, daß Sinn und Zweck dieser Vorschrift in der Einschränkung des Direktionsrechts liege. Die Vorschrift gewähre nur ein Beteiligungsrecht an bestehenden Befugnissen des

Arbeitgebers, sie eröffne aber keine eigenen rechtlichen Möglichkeiten.¹⁾ Diese Argumentation ist zwar bisher nur im Zusammenhang mit der Betriebsjustiz vorgetragen worden, sie könnte aber auch darüberhinaus für den Anwendungsbereich des § 87 I Nr. 1 Bedeutung gewinnen.

Die Aufstellung einer Bußordnung und die Verhängung einer Buße im Einzelfall werden von der überwiegenden Meinung nicht als Ausfluß des Direktionsrechts angesehen.²⁾ Eine besondere Disziplinargewalt kann vertraglich ausdrücklich vereinbart, aber nicht einseitig begründet werden.

Wenn das BAG dennoch § 56 I lit. f BetrVG 52³⁾ und später auch § 87 I Nr. 1⁴⁾ als Grundlage für die Aufstellung einer Bußordnung und die Verhängung einer Buße im Einzelfall ansah, dann räumt es damit eine Regelungsbefugnis ein, die über den Bereich des Direktionsrechts hinausgeht.⁵⁾

Den Zweck des § 87 I Nr. 1 in der Beschränkung des Direktionsrechts zu sehen, liegt deshalb nahe, weil dessen Formulierung mit der Beschreibung eines Teilbereichs des Direktionsrechts identisch ist. Das Direktionsrecht wird herkömmlich in mindestens zwei Bereiche unterteilt. Einen Bereich, der Zeit, Art und Ort der Arbeitsleistung betrifft, und einen anderen, der die Ordnung des Betriebes betrifft.⁶⁾ Über diese Einteilung hinaus findet sich zwar auch eine weitere Auffächerung

1) Luhmann Betriebsjustiz, S. 65
Herschel AuR 62, 189
Rumpff MitbestGespr 66,174
Schnorr RdA 68,454

2) BAG v. 25.2.66/AP Nr. 8 zu § 66 PersVG
BAG v. 14.12.66/AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG (52)
Dietsch im Anschluß an BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG (52)
Betriebsbuße
a. A. Galperin-Löwisch § 87 Rz 76

3) v. 12.9.67/E 20,79 (81)

4) v. 5.12.75/E 27,366 (370)

5) Gaul DB 65,666

6) BAG v. 14.12.61/AP Nr. 17 zu § 611 BGB Direktionsrecht
Nikisch I, S. 255f
Zöllner DB 57,117 (117)

aber auch in dieser ist der Tatbestand des § 87 I Nr. 1 immer erkennbar.¹⁾ Es liegt also nahe anzunehmen, daß es in § 87 I Nr. 1 nur um das Direktionsrecht geht.

Weiter spricht für eine Beschränkung auf die Regelungsmöglichkeiten des Direktionsrechts, daß Regelungen über dieses Thema ehemals in der Arbeitsordnung enthalten sein sollten, die vom Arbeitgeber einseitig aufgestellt wurde.

Dieses letzte Argument läßt sich aber widerlegen. Die Arbeitsordnung wurde zwar einseitig aufgestellt, es war aber immer sehr strittig, ob es sich bei der Arbeitsordnung um ein Vertragsangebot handelte (Vertragstheorie) oder ob ein einseitiger Erlaß vorlag (Theorie des einseitigen Erlasses, Gesetzestheorie).²⁾

Aber auch ansonsten sind die Zweifel an der Ausschließlichkeit dieser Zweckbestimmung durchschlagend. Diese Zweifel sind im Wesen des Direktionsrechts begründet. Das Direktionsrecht ist nämlich keine feststehende Größe, sondern hängt unstrittig vom Inhalt des Vertrages ab.³⁾ Das bedeutet, daß das Direktionsrecht disponibel ist. Die Ausführungen, die zum Inhalt des Direktionsrechts gemacht werden, gehen von der praktischen Erfahrung aus, daß der Arbeitsvertrag in Bezug auf die einzelnen Rechte und Pflichten zumeist inhaltsleer ist. Das ist aber nicht zwingend. Würde die Ausübung des Mitbestimmungsrechts an das Direktionsrecht gebunden, dann stünde es der vertraglichen Vereinbarung ebenso offen, wie das Direktionsrecht selbst. Wenn das Mitbestimmungsrecht wirken soll, muß es mehr tun als nur die Ausübung des Direktionsrechts erfassen. Es muß immer auch die Vertragsfreiheit

1) Birk Leitungsmacht, S. 21
Galperin DB 52,186

2) Vgl. insbes. Oertmann FS Hübler 1905, S. 9

3) Birk Leitungsmacht, S. 76
Böttner Direktionsrecht, S. 7

von Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränken. Der Bereich des Themas ist der vertraglichen Vereinbarung dieser beiden Parteien soweit entzogen, wie das Mitbestimmungsrecht reicht, also für alle nicht auf den individuellen Fall abgestimmten Regelungen. Das heißt, es besteht nicht nur die Möglichkeit die Ausübung des Direktionsrechts zu beeinflussen, sondern es findet auch ein Übergang der Rechtsetzungsbefugnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Arbeitgeber und Betriebsrat statt.

3.4.2.2. Die Einschränkung der faktischen Alleinbestimmung als Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1

Aus dem eben Gesagten ergibt sich ohne weiteres, daß auch der Schutz vor faktischer Alleinbestimmung im Bereich des § 87 I Nr. 1 zu verwirklichen ist. Das gilt sowohl bei Abschluß des Vertrages als auch, wenn eine spätere Abänderung des Vertrages in diesem Bereich angestrebt wird.

3.4.2.3. Die Teilhabe der Arbeitnehmer als Sinn und Zweck des § 87 I Nr. 1

Hat die Mitbestimmung nach § 87 I nicht nur den Zweck, die Arbeitnehmer in Teilbereichen durch die Beteiligung des Betriebsrats an Entscheidungen zu schützen, sondern auch, ihnen Teilhabe an diesen Entscheidungen zu gewähren, so ist dieser Zweck für die Präzisierung des § 87 I Nr. 1 kaum tauglich. Ist die Rechtsfolge einer Norm, hier Mitbestimmung, schon selbst als der Wert anzusehen, der verwirklicht werden soll, so ist von daher die weiteste Auslegung der Norm geboten.

Der Gesetzgeber hat aber den Betriebsrat nicht an der Betriebsleitung beteiligt¹⁾ oder ihm ein Mitbestimmungsrecht bei der Regelung aller Arbeitsbedingungen verliehen, wie es noch in einigen Betriebsrätegesetzen der Länder vorgesehen war.²⁾ Er hat vielmehr einen Katalog von Themen aufgestellt, auf die sich die Mitbestimmung erstrecken soll.

Der Teilhabegedanke läßt sich deshalb nicht ohne Ergänzung zur Auslegung heranziehen. Es muß immer auch hinzugefügt werden, worauf sich diese Teilhabe erstreckt. Diese notwendige Ergänzung steckt in den einzelnen Tatbeständen, so daß sich aus der Teilhabefunktion selbst kein Anwendungsbereich herleiten läßt.

3.5. Ergebnis: § 87 I Nr. 1 als Rechtsgrundlage für die Regelung betriebsbezogener Arbeitsbedingungen

Insgesamt hat die Auslegung ergeben, daß eine griffige, umfassende Bestimmung dessen, was unter "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" zu verstehen ist, nicht so vorgenommen werden kann, daß sie bei der Anwendung der Norm im Einzelfall hilfreich ist. Die gefundenen Ergebnisse erlauben aber eine Aufzählung der Bereiche,

1) Ein Eingriff in die Betriebsleitung ist sogar ausdrücklich verboten (§ 77 I 2).

2) § 37 Nr. 5 LVO BR Rhld.-Pfalz

§ 7 Nr. 9 VO BR Saarland

§ 21 I lit. b BRG Baden

§ 66 Nr. 2 BRG Württ.-Hohenzollern

§ 27 Nr. 9 G z BR-Recht Schl.-Holstein

Fundstellen s. o. S. 3 Fn 1 und S. 52 Fn 2

In einigen Texten deutet die Umgebung des Wortes "Arbeitsbedingungen" ähnlich wie in § 77 III auf materielle Arbeitsbedingungen hin.

in denen Regelungen i. S. d. § 87 I Nr. 1 getroffen werden können.

Ausgangspunkt ist hier, daß die in § 87 I Nr. 1 angesprochenen Arbeitsbedingungen die den Betrieb betreffenden Arbeitsbedingungen sind. Das ergibt sich einmal aus der Wortlaut, der die Betonung des funktionellen und räumlichen Bereichs des Betriebes enthält, andererseits aber auch durch den Aufgabenbereich, den diese Vorschrift im Laufe ihrer Verwendung bis zum Erlaß des BetrVG 72 erhalten hat.

Die Problematik, wie betriebliche Arbeitsbedingungen zu erfassen sind, hat sich schon mit dem TVG gestellt. Nach § 1 I TVG können im Tarifvertrag nicht nur Regelungen über Abschluß, Inhalt und Beendigung von Arbeitsverhältnissen getroffen werden, sondern es können auch betriebliche Fragen geordnet werden. Diese Normen werden als Betriebsnormen bezeichnet. Sie unterscheiden sich außer im Thema auch noch dadurch von den Individualnormen, daß sie für alle Arbeitnehmer gelten, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Auf die Tarifbindung der Arbeitnehmer kommt es dagegen nicht an (§ 3 II TVG). Die Wirkung dieser Tarifnormen ist daher der Wirkung von Betriebsvereinbarungen ähnlich, die ebenfalls lediglich von der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb abhängig sind.¹⁾

Aus dieser Wirkungsweise der Betriebsnormen wird regelmäßig

1) Zwar ist der Betriebsrat durch die Wahl der Betriebsangehörigen legitimiert, die Betriebsvereinbarung gilt aber unabhängig davon auch für nach der Wahl eingetretene Mitglieder des Betriebes.

auf die Thematik der Betriebsnormen geschlossen.¹⁾ Von diesem Ausgangspunkt her wird betont, bei den betrieblichen Fragen müsse es sich um Fragen handeln, die in ihrer Bedeutung über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausgehen. Während zunächst nur die sog. Solidarnormen als Betriebsnormen verstanden wurden²⁾, zählte man bald auch die sog. Ordnungsnormen, d. h. Normen, die die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln, dazu³⁾.

In der Beschreibung der Betriebsnormen finden wir also die Formulierung des § 87 I Nr. 1 wieder. Die Tatsache, daß vom Begriff der betrieblichen Arbeitsbedingungen aus die Formulierung des § 87 I Nr. 1 gefunden worden ist, läßt auch den umgekehrten Schluß, daß es sich bei dem Regelungsbereich des § 87 I Nr. 1 um betriebliche Arbeitsbedingungen handelt, zu.

Eine Gleichsetzung von Betriebsnormen und Regelungen nach § 87 I Nr. 1 ist allerdings nach der zum TVG entwickelten Systematik nicht möglich, weil auch die sog. Solidarnormen zu den Betriebsnormen gerechnet werden. Dagegen spricht auch die andersartige Zielsetzung und Entwicklung.

Außer der Bestätigung des schon anderweitig belegten Schlusses, daß es sich bei den in § 87 I Nr. 1 bezeichneten Arbeitsbedingungen um betriebliche Arbeitsbedingungen handelt, kann die Systematik der Tarifvertragsnormen auch eine Hilfe

1) Hueck-Nipperdey Lb II, 1 S. 291
Maus TVG § 1 Rz 151
a. A. Wiedemann-Stumpf § 1 Rz 242

2) Hueck BB 49, 530 (531)
Nipperdey RdA 49, 81 (81f)

3) Hueck-Nipperdey Lb II, 1 S. 291f
Maus TVG § 1 Rz 152
Nikitsch BB 50, 538 (538)
Reichel TVG § 1 Anm 132 a

bei der Beschreibung dieser Regelungen bieten. Stärker als im Betriebsverfassungsgesetz wird in der Aufzählung des § 1 I TVG deutlich, daß es zu regelnde Angelegenheiten gibt, deren Bedeutung sich nicht in der Gestaltung des einzelnen Arbeitsvertrages erschöpft.

Zur näheren Unterscheidung sollte man sich folgendes klar-machen. Das TVG geht von dem Grundsatz aus, daß eine Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern nicht ungerecht ist. Die Tarifnormen gelten grundsätzlich nur für Tarifgebundene. Wenn für Betriebsnormen eine Gleichbehandlung angeordnet wird (§ 3 II TVG), so kann dies also nicht auf Gerechtigkeitsgedanken beruhen, sondern darauf, daß eine Differenzierung in diesem Bereich nicht zweckmäßig und nicht sachgerecht ist.

Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Mit der Klassifizierung der "Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb" als betriebliche Arbeitsbedingungen soll auch kein Oberbegriff angeboten werden, unter den nun konkrete Sachverhalte subsumiert werden können. Es kann aber von diesem Anknüpfungspunkt aus versucht werden, die Regelungsgebiete des § 87 I Nr. 1 unter Berücksichtigung der traditionellen Anwendungsgebiete aufzulisten.

Bei den betrieblichen Arbeitsbedingungen handelt es sich um Arbeitsbedingungen, die die Einbindung des Arbeitnehmers in den Betrieb betreffen. Den gleichen Sinn hat es, wenn man von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug spricht. Von daher ist auch der Schluß zulässig, daß der Raum für die Regelung solcher Arbeitsbedingungen geringer wird, wenn nach der Art des Betriebes eine schwächere Einbindung erfolgt.

Zur besseren Anwendung der Norm sollen nun die Bereiche aufgezählt werden, in denen sich diese Einbindung vollziehen kann.

Der Arbeitnehmer tritt regelmäßig in eine räumliche Beziehung zum Betrieb. Die meisten Arbeitsverhältnisse werden

innerhalb von festen Betriebsräumen abgewickelt. Der Arbeitnehmer muß diese Betriebsräume betreten und verlassen können. Zu diesem Problemkreis gibt es Regelungen über Ausweise und Passierscheine. Ein anderes Beispiel ist die Vorschrift, daß der Betrieb nur durch bestimmte Tore betreten und verlassen werden darf.

Sodann hält sich der Arbeitnehmer in den Räumen des Betriebes auf. Naturgemäß tauchen hier die wesentlichen Probleme der Eingliederung auf, denn hier kommt der Arbeitnehmer mit Räumen, Anlagen, Arbeitsmitteln, Produkten und Mitarbeitern zusammen. Wegen dieser Vielzahl von Problemquellen beziehen sich auch die meisten der vorhandenen Verhaltensvorschriften auf diesen Bereich. Jede speziell für den Aufenthalt im Betrieb geltende Verhaltensvorschrift ist schon für sich genommen durch die Eingliederung in den Betrieb bedingt.¹⁾ Unter diese Gruppe von Maßnahmen fallen die meisten der zu § 87 I Nr. 1 genannten Beispiele, so z. B. auch die Rauch- und Alkoholverbote und die Kleiderordnungen.

Fraglich ist, inwieweit gleichartige Verhaltensvorschriften als betriebliche Arbeitsbedingungen i. S. d. § 87 I Nr. 1 gewertet werden können, wenn sie außerhalb von Betriebsräumen verlangt werden. Es ist an Verhaltensvorschriften für Außendienstmitarbeiter zu denken. Die Zweifel müssen vor allem deshalb auftauchen, weil in § 87 I Nr. 1 ausdrücklich vom Verhalten der Arbeitnehmer im Betriebe die Rede

1) Damit sind auch die arbeitsbezogenen Maßnahmen erfaßt. Es ist einfacher diese Arbeitsbedingungen durch Ausschlußtatbestände zu erfassen.

ist. Jedoch war die Zielrichtung dieser Formulierung von Anfang an, Eingriffe des Arbeitgebers in das Privatleben der Arbeitnehmer zu verhindern. Das "im" sollte weniger räumliche als inhaltliche Grenzen bezeichnen.¹⁾ Es sollte aber keine Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, die innerhalb, und denen, die außerhalb des Betriebes ihrer Arbeit nachgehen, bewirkt werden. Es kann unterstellt werden, daß der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit als Betriebsangehöriger auftritt. Eine Verhaltensvorschrift ist also nicht automatisch ein Eingriff in den privaten Bereich. Die Gefahr eines Eingriffs kann über das Anlegen von inneren Schranken beherrscht werden.

Regelmäßig erhält der Arbeitnehmer auch Zugriff auf die Betriebsanlagen und Arbeitsmittel. Es wird z. B. häufig geregelt, daß an Geräten nichts verändert werden darf, daß aufgetretene Schäden zu melden sind und daß keine Geräte mit nach Hause genommen werden dürfen. Diese Vorschriften sind zum Teil ebenfalls aufenthaltsbezogen. Auch die übrigen setzen aber die Eingliederung in den Betrieb voraus.

Der Arbeitnehmer ist den im Betrieb oder gegebenenfalls bei der Außenarbeit auftretenden Gefahren ausgesetzt. Hierzu gehören einmal die von den Anlagen ausgehenden Gefahren für das Leben und die Gesundheit der Arbeitnehmer, aber auch die allgemeinen Gefahren, die wie überall bestehen oder durch die Art des Betriebes noch verstärkt sind (z. B. Feuergefahr). Maßnahmen, die sich auf Verhinderung von Gefahren durch ein Verhalten der Arbeitnehmer oder ein Verhalten bei einer solchen Gefahr beziehen, sind durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb bedingt. Es ist allerdings angesichts der Sonderregeln in § 87 I Nr. 7

1) S. o. S. 56

und § 88 Nr. 1 zweifelhaft, ob es in diesem Bereich noch zu einer Anwendung des § 87 I Nr. 1 kommen kann.

Als weiteres Problem stellt sich die Eingliederung in die Gemeinschaft der Betriebsangehörigen dar. Es geht darum, daß die Betriebsangehörigen untereinander möglichst friedlich verkehren und einander nicht schaden. Da dies, soweit ersichtlich, durch aufenthaltsbezogene Verhaltensvorschriften bewirkt wird, tauchen hier keine eigenen Probleme auf.

Die Einbindung des Arbeitnehmers in den Betrieb soll auch verwaltungsorganisatorisch erfolgen. Der Arbeitnehmer ist aus der Sicht des Arbeitgebers in eine Gruppe eingegliedert. Das ergibt sich aus der Tatsache, daß der Arbeitgeber viele gleichartige einzelvertragliche Beziehungen hat. Es entsteht dadurch ein Bedürfnis, Regeln für die Arbeitnehmer zu schaffen, die eine Verwaltungs erleichterung bewirken sollen.

Soweit dem Arbeitnehmer Pflichten zur Erleichterung der Personalverwaltung auferlegt werden, so geschieht das, weil damit der organisatorische Ablauf erleichtert werden soll.

Ferner entstehen Schwierigkeiten in Bezug auf die organisatorische Einbindung des Arbeitnehmers, wenn über seine Einsetzbarkeit zu Arbeitsleistungen Zweifel bestehen. Auch die Regelung der Mitwirkung an dieser Organisation ist eine betriebliche Arbeitsbedingung, weil sie sich auf den betrieblichen Ablauf auswirkt. Diese Mitwirkungspflichten gehören zum traditionellen Bestand der Arbeitsordnung.

Der Arbeitnehmer gewinnt auch Zugriff auf die immateriellen Mittel des Betriebs. Auch diese Zugriffsmöglichkeit beruht auf der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb. Soweit Anordnungen zur Abwehr dieser Gefahren getroffen

werden, sind sie betriebsbezogen. Beispiel für eine solche Anordnung ist ein auf ein betriebliches Produktionsverfahren bezogenes Veröffentlichungsverbot.

Das Zurückgehen auf den betrieblichen Bezug der in § 87 I Nr. 1 angesprochenen Arbeitsbedingungen hat immerhin eine Auffächerung dieser Arbeitsbedingungen in einige Unterthemen erlaubt. Grundsätzlich unter § 87 I Nr. 1 fallen danach Regelungen, die einen besonderen Bezug zu der konkreten Einrichtung Betrieb haben, weil sie

- Verhaltensvorschriften für den Aufenthalt im Betrieb oder an einem anderen Arbeitsort aufstellen,
- das Betreten und Verlassen des Betriebes regeln,
- Verhaltenspflichten zur Erleichterung der Verwaltung des Betriebes aufstellen,
- dem Schutz der Arbeitnehmer im Betrieb dienen,
- Verhaltensvorschriften aufstellen, die dem Schutz der Anlagen, Arbeitsmittel und immateriellen Güter dienen.

4. Die Schranken des § 87 I Nr. 1

Beim Überblick über Rechtsprechung und Literatur zum Thema "Ordnung des Betriebes und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb" haben wir gesehen, daß zwar die Suche nach einer positiv gefaßten Präzisierung des Tatbestandes zu keinem nützlichen Ergebnis führt, daß aber häufig und in konkreterer Form Schranken der Anwendung aufgezeigt werden. Hier ist eine Auseinandersetzung erforderlich.

In der Rechtsprechung und Literatur wurde die Anwendung des § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) vor allem dann ausgeschlossen, wenn es sich um "arbeitsnotwendige", "arbeits-technische", "auf die Arbeitsleistung bezogene Maßnahmen" handelt. Es soll überprüft werden, ob solche Maßnahmen tatsächlich von der Mitbestimmung ausgeschlossen sind.

Seltener wird die "Verbindlichkeit" einer Maßnahme als Kriterium für die Mitbestimmungspflicht nach § 87 I Nr. 1 angesehen. Auch dieser Maßstab soll kritisch betrachtet werden.

Gelegentlich wird auch behauptet, daß Maßnahmen mitbestimmungsfrei seien, wenn sie sich aus dem Hausrecht, der Sachherrschaft, dem Eigentum oder Besitz herleiten lassen. Ob diese Behauptung zutrifft, soll ebenfalls untersucht werden.

4.1. Die arbeitsbezogenen Maßnahmen

Voranzuschicken ist, daß die Bezeichnung "arbeitsbezogen" zunächst als Oberbegriff verwandt wird. Darin soll keine Einengung des Themas liegen, wie gleich ersichtlich wird.

Die Arbeitbezogenheit einer Maßnahme spielt in Literatur und Rechtsprechung unter den möglichen Kriterien, die die Unanwendbarkeit des § 87 I Nr. 1 bewirken sollen, die größte

Rolle.

Zumeist wird angenommen, daß es arbeitsbezogene Maßnahmen gibt, die nicht unter § 87 I Nr. 1 fallen. Insbesondere in der Rechtsprechung des BAG ist unter diesem Gesichtspunkt die Mitbestimmung des Betriebsrats mehrmals verneint worden.¹⁾ Das geht soweit, daß das BAG im Dienstreiseordnungs-Beschluß²⁾ die Trennung zwischen Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten für eine unabdingbare Voraussetzung der Feststellung von Maßnahmen mit Bezug auf die betriebliche Ordnung hält.³⁾

Aber auch die Untergerichte⁴⁾ und die Literatur⁵⁾ haben diesen Ausschluß arbeitsbezogener Maßnahmen aufgegriffen.

-
- 1) BAG v. 27.5.60/E 9,238 (Produktographen-Fall)
BAG v. 15.12.61/E 12,124 (Margarine-Mützen-Fall)
BAG v. 23.1.79/DB 81,1144 (Arbeitsberichte)
BAG v. 24.11.81/DB 82,1116 (Arbeitsberichte)
BAG v. 8.12.81/AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 72 Lohngestaltung (Dienstreiseordnungs-Fall)
- 2) v. 8.12.81/AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 72 Lohngestaltung
- 3) "Allein eine scharfe Trennung zwischen dem Ordnungs- und Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers ermöglicht es, solche das Verhalten des Arbeitnehmers in irgendeiner Weise berührende Maßnahmen des Arbeitgebers zu erfassen und der Mitbestimmung des Betriebsrats zu unterwerfen, die einen Bezug auf die Ordnung des Betriebes haben."
- 4) LAG Düsseldorf v. 21.11.67/DB 67,2230
ArbG Berlin v. 3.4.74/DB 74,1167
LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556
LAG Hamm v. 12.11.76/EzA § 87 BetrVG Betriebliche Ordnung Nr. 2
LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385
- 5) Dietz-Richardi § 87 Rz 143
Galperin-Löwisch § 87 Rz 60
Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II,2 S. 1374
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 48
Nikisch III S. 413
Weiss § 87 Rz 12

Dabei wird der Bezug zur Arbeitsleistung auf zwei Arten ermittelt. Das BAG hat in der Margarine-Mützen-Entscheidung¹⁾ das maßgebende Kriterium in der Bedeutung der Befolgung der Anordnung gesehen. Danach sollen Maßnahmen mitbestimmungsfrei sein, ohne deren Befolgung die Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß erbracht werden kann.

Das Gericht führt aus: "Handelt es sich um eine arbeits-technische Maßnahme von solcher Wichtigkeit, daß die vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers, d. h. seine Arbeitsleistungen nicht ordnungsmäßig erbracht werden können, liegt somit eine 'arbeitsnotwendige Maßnahme' vor, dann ist es mangels einer besonderen arbeitsvertraglichen Regelung Sache des Arbeitgebers, der seinerseits auch die Verantwortung für das Arbeitsergebnis und die Sicherheit der Arbeitnehmer trägt, durch die erforderlichen Weisungen die Arbeitspflicht (z. B. durch ein Rauchverbot in feuergefährdeter Umgebung, durch die Anordnung des Tragens bestimmter Kleidung zur Vermeidung der Verunreinigung oder Beeinträchtigung von Lebensmitteln oder anderen Produkten oder zur Sicherung der Arbeitnehmer) zu konkretisieren."

Ein Teil der Literatur griff diese Herausnahme von Maßnahmen aus dem Bereich des § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) unter der Bezeichnung "arbeitsnotwendig" auf, ohne darunter jedoch immer dasselbe wie das BAG zu verstehen.

Wie das BAG nach der Wichtigkeit der Maßnahme für das Arbeitsergebnis unterscheiden Brill²⁾, Gaul³⁾, Jäcker⁴⁾ und Neumann-Duesberg⁵⁾. Dabei ist die Spannweite der "Wichtigkeit"

1) v. 15.12.61/E 12,124

2) DB 75,1079

3) Im Anschluß an BAG SAE 62,12

4) Einigungsstelle, S. 52

5) DB 66,74

sehr groß. Während Jäcker zwingende betriebliche Erfordernisse auf Grund von Vorschriften verlangt, bezeichnet Gau¹⁾ als arbeitsnotwendig schon jede Maßnahme, die ein verständiger Arbeitgeber im Bewußtsein seiner Fürsorgeverpflichtung und in der Verantwortung für den erfolgreichen Produktionsablauf treffen würde.

Auch Fuchs²⁾ verwendet die Terminologie des BAG, legt ihr aber eine eigene Bedeutung bei. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 scheide dann aus, wenn es sich nicht um soziale arbeitsbegleitende Maßnahmen, sondern um Anordnungen handele, die den Arbeitsvollzug selbst betreffen. Damit ist trotz gleicher Bezeichnung eine Abweichung vom BAG gegeben. Hier wird nicht nach Wichtigkeit unterschieden, sondern nach dem betroffenen Bereich.

Diese Art der Unterscheidung entspricht damit schon dem anderen Weg, den Arbeitsbezug festzustellen. Die Unterscheidung danach, in welchem Bereich sich die Anordnung auswirkt, ist häufiger anzutreffen als die Unterscheidung nach der Wichtigkeit der Maßnahme für das Arbeitsergebnis.³⁾ So wird das als mitbestimmungsfrei bezeichnet, was mit der Arbeitsleistung unmittelbar in Zusammenhang steht⁴⁾, was sich auf die Arbeitsleistung bezieht⁵⁾ oder was auf die Erbringung der Arbeitsleistung gerichtet ist⁶⁾. Enger

1) SAE 62,14

2) BB 77,299 (302)

3) Bensinger Muster, S. 10

Brecht § 87 Rz 12

Dietz-Richardi § 87 Rz 143

Galperin-Löwisch § 87 Rz 61

Harmsen BB 80,1219 (1219)

Hoffmann-Walldorf RdA 55,63

Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II, 2 S. 1374

Kammann-Hess-Schlochau § 87 Rz 44

Schlüter-Belling SAE 82,206 (207)

4) Dietz-Richardi § 87 Rz 143

Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 106

5) BAG v. 8.12.81/DB 82,960

6) Schlüter-Belling SAE 82,206 (207)

ist die Ausgrenzung von Maßnahmen, die den eigentlichen Arbeitsvorgang¹⁾ oder die Verrichtung der Arbeit als solche²⁾ betreffen.

Nur selten wird eine solche Ausgrenzung ganz abgelehnt.³⁾

Um zu entscheiden, ob arbeitsbezogene Maßnahmen der Mitbestimmung unterfallen und wie sie gegebenenfalls abzugrenzen sind, ist nach der Begründung für eine solche Herausnahme zu fragen.

4.1.1. Untersuchung von Begründungen für eine Herausnahme arbeitsbezogener Maßnahmen aus dem Bereich des § 87 I Nr. 1

Wenn auch nicht über die Beschreibung der Maßnahmen im einzelnen, so doch über die Herausnahme solcher Maßnahmen generell, herrscht große Einmütigkeit. An dieser Einmütigkeit mag es liegen, daß kaum eine Begründung für diese These angeboten wird. Im folgenden werden unterschiedliche Begründungsmöglichkeiten untersucht.

4.1.1.1. Der Wortlaut der Vorschrift

Der Wortlaut der Vorschrift bietet eine solche Begründung nicht.⁴⁾ In der Norm ist vom Verhalten der Arbeitnehmer

1) Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 44

2) Weiss § 87 Rz 12

3) Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17
Föhr AuR 75,353 (358)
Lappe ArbRGgw 16,55 (58)

4) Lappe ArbRGgw 16,55 (58)

im Betriebe ganz allgemein die Rede, ohne daß eine Beschränkung erfolgt. Die Zusammenziehung der Norm zu "Verhalten der Arbeitnehmer, soweit es sich auf die Ordnung des Betriebes bezieht," entspricht gerade nicht dem Wortlaut.

Eine Begründung könnte durch den Vergleich mit § 87 I Nr. 6 gefunden werden. Dort wird ausdrücklich die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers erwähnt. Daraus läßt sich schließen, daß in dem Wort "Verhalten" die Leistung nicht enthalten sein soll.¹⁾ Leistung ist aber im Deutschen ein mehrdeutiger Begriff. Er beinhaltet sowohl die Tätigkeit Leisten, also ein Verhalten, als auch den Leistungserfolg, der kein Verhalten ist. Die Hinzufügung des Wortes Leistung zum Verhalten ist deshalb auch dann sinnvoll, wenn mit Verhalten auch Leistungsverhalten gemeint ist.

4.1.1.2. Die Verantwortung des Arbeitgebers für das Arbeitsergebnis

In der Margarín-Mützen-Entscheidung²⁾ wird bei der Zuweisung der arbeitsnotwendigen Maßnahmen an den Arbeitgeber allein darauf hingewiesen, daß dieser auch die Verantwortung für das Arbeitsergebnis trage. Deshalb, so darf man den Gedankengang wohl ergänzen, soll er auch ohne Beschränkung diejenigen Anordnungen treffen können, die die Qualität des Arbeitsergebnisses sicherstellen. Dieses Argument spricht zwar den gesunden Menschenverstand an, es müßte aber geklärt werden, ob diese Folgerung eine Stütze in der Betriebsverfassung findet. Wenn die Verantwortung für das Arbeitsergebnis betont wird, so wird hier darauf angespielt, daß der Arbeitgeber das Risiko für die Qualität des Produkts und damit

1) Hunold DB 82, Beil. 18, S. 8

2) BAG v. 15.12.61/E 12, 124

für den wirtschaftlichen Erfolg trägt.

Hiermit wird an die Problematik der Mitbestimmung bei unternehmerischen Entscheidungen angeknüpft.¹⁾ Immerhin würde, wenn die Problematik der arbeitsbezogenen Maßnahmen hier zu suchen wäre, auch der Versuch zur Abgrenzung dieser Maßnahmen einen Anknüpfungspunkt haben.

Die Problematik der Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen ist allerdings außerordentlich schwierig und erfordert deshalb eine eingehende Auseinandersetzung.

4.1.1.2.1. Die Unterscheidung von betrieblichen und unternehmerischen Angelegenheiten

Es ist heute allgemein anerkannt, daß zwischen betrieblichen und unternehmerischen Angelegenheiten zu unterscheiden ist.²⁾ Diese Unterscheidung geht in ihrer heutigen Form auf Jacobi³⁾ zurück. In dieser Form ist sie auch zur Grundlage der neueren arbeitsrechtlichen Vorschriften geworden, die diese Begriffe enthalten.

Jacobi erarbeitete, daß es sich bei dieser Unterscheidung um eine Unterscheidung nach Funktionen handelt. Betrieb und Unternehmen können deckungsgleich in Bezug auf ihr Substrat sein, dennoch kann man unternehmerische und betriebliche Angelegenheit nach ihrer Zielrichtung unterscheiden.

Als Begriff des Betriebes bestimmte Jacobi "die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur

1) so LAG Niedersachsen v. 25.3.82/DB 82,2039 (2039)

2) Vgl. Mitbestimmung im Unternehmen, Bericht der SV-Kommission zur untern. Mitbestimmung, S. 107
(auch BT-DrS VI/334)

3) FS Ehrenberg, S. 1

fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes".

Während danach der Betrieb von einem bloß arbeitstechnischen Zweck gekennzeichnet war, sollte das Unternehmen auf ein entfernteres Ziel gerichtet sein. Dieses Ziel sollte immer die Befriedigung eines Bedürfnisses sein.¹⁾ Als Definition ergab sich dann parallel zum Betriebsbegriff "die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln durch das von einem (oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam) verfolgte Ziel, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen".²⁾ Das Bedürfnis besteht zumeist in einem wirtschaftlichen Erfolg, es kann aber auch ideeller Natur sein.³⁾

Zu den unternehmerischen Angelegenheiten rechnet man die Entscheidungen, die das Marktverhalten der organisatorischen Einheit betreffen. Zunächst einmal die Vorgabe der Unternehmensziele und die Unternehmensorganisation, dann die Festlegung der Produkte und der Art des Absatzes, weitere Punkte sind die Finanzierung, die Investitionen und die Verwendung des Gewinns. Hinzu kommt die Vorausplanung dieser Punkte.

Zu den betrieblichen Fragen gehören insbesondere diejenigen, die das einzelne Arbeitsverhältnis direkt betreffen: so Arbeitszeit und Urlaub, Entgeltsysteme, Gestaltung des einzelnen Arbeitsplatzes, die einzelnen Arbeitsverfahren, Ausbildung, Einstellungen und Entlassungen.

4.1.1.2.2. Die Bedeutung der Unterscheidung in der Betriebsverfassung

Es ist allgemein anerkannt, daß der Aufbau der Betriebsverfassung dem Unternehmer die unternehmerischen Fragen grund-

1) FS Ehrenberg, S. 1 (16)

2) FS Ehrenberg, S. 1 (20)

3) Jacobi FS Ehrenberg, S. 1 (17)
Dietz-Richardi § 1 Rz 52

sätzlich zur Alleinentscheidung überläßt.¹⁾ Damit wird auf die Tatsache Bezug genommen, daß das BetrVG eine unmittelbare Beteiligung an unternehmerischen Entscheidungen nicht vorsieht.

Fraglich ist, ob darüberhinaus hierin ein Leitprinzip erkennbar wird, daß sich auch auf den Umfang der Mitbestimmungsrechte auswirkt. Dann kann eine Reduktion der Mitbestimmungsrechte in Betracht gezogen werden, weil die Entscheidungen, für die ein Mitbestimmungsrecht vorgesehen ist, einen erheblichen Einfluß auf die unternehmerische Entscheidung ausüben und sie beträchtlich einschränken können.²⁾

Die Überzeugung von einer Wertung des Gesetzgebers zugunsten der unternehmerischen Freiheit wird auf vielfältige Argumente gestützt. Allgemein ist der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des BetrVG.³⁾ Im Gesetzgebungsverfahren finden sich gehäuft Äußerungen, daß in unternehmerische Entscheidungen nicht eingegriffen werden solle, ohne daß dem jemals widersprochen wurde.⁴⁾ Eine Willensäußerung in dieser Richtung läßt sich auch der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum BetrVG⁵⁾ entnehmen. Hier wird ausdrücklich erklärt, die unternehmerische und die betriebliche Mitbestimmung sollten in unterschiedlicher Form geregelt werden.⁶⁾

-
- 1) BVerfG v. 1.3.79/E 50,290 (327)
LAG Baden-Württemberg v. 28.2.80/EzA zu § 87 BetrVG Nr. 4
Brecht § 1 Rz 6
Eich DB 80,1340 (1343)
v. Friesen DB 80,Beil. 1, S. 10
Lieb DB 81, Beil. 17, S. 4
Moll Mitbestimmung, S. 212
Reuter ZfA 81,165 (166)
Richardi ArbRGgw 13,19 (48)
 - 2) Richardi ArbRGgw 13,19 (46)
 - 3) Eich DB 80, 1340 (1343)
Lieb DB 81, Beil. 17, S. 4
Moll Mitbestimmung, S. 214
Reuter ZfA 81, 165 (166)
Rüthers ZfA 73,399 (418)
 - 4) BT-Sten. Ber. VI/ 150. Sitzung, S.8597 (Schmidt),8602 (Fartmann), 8666 (Arendt), 8673 (Schellenberg)
 - 5) BT-DrS VI/1786
 - 6) Fn 5, S. 4

Überwiegend wird der Grundsatz der Berücksichtigung unternehmerischer Entscheidungen aus der Abstufung der betrieblichen Beteiligungsrechte geschlossen.¹⁾ Das BetrVG unterscheidet in seinem vierten Teil, der von der Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer handelt, die sozialen, die personellen und die wirtschaftlichen Angelegenheiten. Ihnen ist jeweils einer der sechs Abschnitte gewidmet. Für jede dieser Angelegenheiten findet sich eine eigene Konzeption des Beteiligungsrechts.

Den geringsten Einfluß hat hiernach der Betriebsrat bei der Entscheidung über wirtschaftliche Angelegenheiten, das heißt also bei den unternehmerischen Entscheidungen. Die nach den §§ 106ff bestehenden Beteiligungsrechte hat nicht der Betriebsrat inne, sondern der Wirtschaftsausschuß. Dieses Gremium wird allerdings vom Betriebsrat bestimmt (§ 107 II 1) und kann von ihm jederzeit abberufen werden (§ 107 II 3).²⁾ Der Wirtschaftsausschuß ist lediglich verpflichtet, dem Betriebsrat über jede Sitzung mit dem Unternehmer zu berichten (§ 108 IV). Die Beteiligung des Betriebsrats ist hier also nur mittelbar, zudem kann die wirtschaftliche Entscheidung nur über die Willensbildung des Unternehmers beeinflußt werden.

Eigene Rechte hat der Betriebsrat bei wirtschaftlichen Angelegenheiten, die als Betriebsänderungen bezeichnet werden. Dabei besteht aber ebenfalls lediglich ein Informations- und Beratungsrecht. Trotz eines formalisierten Verfahrens, das einen Druck, eine Einigung zu erzielen, bewirken soll,

1) Boewer DB 73,522 (527)

Moll Mitbestimmung, S. 212

Rüthers ZfA 73,399

2) Ausnahmsweise kann auch der Betriebsrat als Wirtschaftsausschuß fungieren, wenn er nicht mehr als sieben Mitglieder umfaßt und sie sämtlich zu Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses bestimmt.

besteht letztendlich keine Mitentscheidung. Eine echte Mitentscheidung ist nur beim Ausgleich der entstehenden Nachteile, bei der Erstellung eines Sozialplans, gegeben.

Es wird auch darauf verwiesen, daß bei den Beispielen für freiwillige Betriebsvereinbarungen (§ 88) im Gegensatz zu § 87 die Vereinbarung von zusätzlichen Leistungen vorgeschlagen wird.¹⁾

Ferner wird die Respektierung eines unternehmerischen Frei-
raums gelegentlich auf § 91 gestützt.²⁾ Der vierte Abschnitt
des vierten Teils des BetrVG (§§ 90,91) ist der Mitbestimmung
bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Ar-
beitsumgebung gewidmet. Hierbei bestehen Unterrichts-
und Beratungsrechte des Betriebsrates. Ein echtes Mitbe-
stimmungsrecht besteht nur dann, wenn Veränderungen auf
diesen Gebieten "den gesicherten arbeitswissenschaftlichen
Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Ar-
beit offensichtlich widersprechen". Das Mitbestimmungsrecht
erstreckt sich aber nur auf Maßnahmen zur Abwendung, Mil-
derung oder zum Ausgleich der Belastung, es bezieht sich
nicht unmittelbar auf die Maßnahme des Arbeitgebers. Diese
Entscheidungen sind dem Arbeitgeber allein zugewiesen.

Eine weitere Bestätigung wird in der Formulierung des
§ 76 V 3, insbesondere im Gegensatz zu § 111 gefunden.³⁾
In dieser Vorschrift wird der Einigungsstelle die Pflicht
zur Berücksichtigung betrieblicher Belange auferlegt, wäh-
rend der Gesetzestext keinen Hinweis auf die Berücksichti-
gung unternehmerischer Belange enthält. Hierdurch soll er-

1) Richardi im Anschluß an BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72
Werkmietwohnungen

2) Richardi s. o. Fn 1
Rüthers ZfA 73, 399 (419)
Wiese Initiativrecht, S. 38

3) Eich DB 80,1340 (1343)
Lieb DB 81, Beil. 17, S. 4

kennbar werden, daß unternehmerische Belange durch solche Entscheidungen nicht berührt werden.

Es läßt sich nach alledem nicht abstreiten, daß die Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen ein Grundgedanke des Gesetzes ist. Welche Folgerungen man allerdings aus einem solchen Leitprinzip für die Mitbestimmung ziehen will, ist höchst umstritten.

Besondere Beachtung fand diese Problematik bei den Tatbeständen des § 87 I, die sich direkt auf die Produktionsmenge und das Entgelt der einzelnen Arbeitnehmer auswirken können, also bei § 87 I Nr. 3, 10 und 11¹⁾, wodurch zugleich die Verwandtschaft dieses Problems mit dem der materiellen Arbeitsbedingungen sichtbar wird²⁾. Aber auch bei anderen Tatbeständen kann eine Kollision zwischen betrieblicher und unternehmerischer Entscheidung eintreten.³⁾

4.1.1.2.3. Die unterschiedlichen Modelle zur Berücksichtigung unternehmerischer Vorgaben bei der Mitbestimmung nach § 87 I

Es gibt mehrere Konzepte für die Berücksichtigung unternehmerischer Entscheidungen bei einer dem Tatbestand des § 87 I

1) Boewer DB 73,522 (527)

Eich DB 80,1340

Mott Mitbestimmung

2) v. Friesen DB 80, Beil. 1, S. 12

Rüthers ZfA 73, 399 (414ff)

3) Das erweist die neuere Kontroverse um die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Arbeitszeit von Ladenangestellten. LAG Baden-Württemberg v. 28.2.80/EzA zu § 87 BetrVG Nr. 4 BAG v. 31.8.82/DB 83,453

Lieb DB 81, Beil. 17

Reuter ZfA 81,165

Für den Bereich des § 87 I Nr. 1 vgl. das Beispiel von Gamillschegg ArbR II, Nr. 397 (S. 190)

unterfallenden Regelung. Am frühesten setzt hier das Konzept an, nach dem eine unternehmerische Vorgabe bereits die Mitbestimmung beschränkt oder ausschließt¹⁾. Hierbei schwankt allerdings das Maß der Berücksichtigung. Teils soll nur der Kernbereich unternehmerischer Entscheidungen gewahrt werden²⁾, teils jede unternehmerische Entscheidung, die nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist,³⁾ teils soll dann keine Mitbestimmung stattfinden, wenn das Ergebnis der erzwungenen Mitbestimmung einer Betriebsänderung gemäß §§ 111ff gleichkäme⁴⁾. Bei allen diesen Lösungen muß die Einigungsstelle sich für unzuständig erklären, wenn sie in einer solchen Angelegenheit angerufen wird.

Andere wollen nicht den Umfang des Mitbestimmungsrechts, sondern die Formen der Ausübung beschränken. Der Betriebsrat soll in unternehmerischen Fragen kein Initiativrecht haben.⁵⁾ Dies wird aber meistens nur auf einen kleinen Kreis unternehmerischer Angelegenheiten beschränkt. So soll das Initiativrecht nach Rüthers nur entfallen, wenn der Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit in wirtschaftlichen Angelegenheiten von grundlegender unternehmenspolitischer Bedeutung verletzt wird. Die Konsequenz dieser Ansicht ist, daß die Einigungsstelle, wenn sie vom Betriebsrat angerufen wird, feststellen muß, daß der Betriebsrat für die angestrebte Regelung nicht antragsbefugt ist.

1) Eich DB 80,1340 (1343f)

2) Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 20

3) Reuter ZfA 81,165 (188)

4) Schwerdtner im Anschluß an LAG Baden-Württemberg EzA zu § 87 BetrVG Initiativrecht Nr. 4

5) Boewer DB 73,522 (527)
Rüthers ZfA 73,399 (420)

Nach einer weiteren Auffassung ist die Berücksichtigung unternehmerischer Entscheidungen im Rahmen des Ermessens vorzunehmen. Dabei wird die Frage, ob bereits der Betriebsrat¹⁾ oder erst die Einigungsstelle²⁾ das Ermessen auszuüben hat, unterschiedlich betrachtet. Es ergeben sich aber keine praktischen Unterschiede, weil die Einigungsstelle in jedem Fall selbst Ermessen auszuüben hat. Danach haben die unternehmerischen Entscheidungen nur für die Sprüche der Einigungsstelle, nicht aber für den Umfang des Mitbestimmungsrechts Bedeutung.

Auch das BAG siedelt hier die Berücksichtigung der unternehmerischen Entscheidungen an, indem es in der Entscheidung vom 31.8.82, in der es um die Nachprüfung eines Einigungsstellenspruchs über Beginn und Ende der Arbeitszeit von Ladenangestellten ging, den Wunsch des Arbeitgebers zur Ausschöpfung der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten in die Abwägung einbezog.³⁾

Eine Entscheidungsfreiheit des Unternehmers in dem Sinne, daß er einen unantastbaren Entscheidungsbereich hat, besteht bei diesem Konzept des BAG allerdings nicht. Vielmehr wird die unternehmerische Entscheidung in die Abwägung der Interessen einbezogen und dabei gewertet.⁴⁾ Das BAG meint, daß aus dem Grundsatz des Schutzes der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit keine Beschränkung der Mitbestimmungsrechte

1) v. Friesen DB 81, Beil. 1, S. 12
Hanau RdA 73, 281 (287)
Lieb DB 81, Beil. 17, S. 7
Nickel AuR 75, 254 (256)

2) Badura WiR 74, 1 (23f)
Moll Mitbestimmung, S. 206f

3) DB 82, 453 (456)

4) So auch LAG Baden-Württemberg v. 28.2.80/EzA zu § 87 BetrVG
72 Initiativrecht Nr. 4

gefolgt werden könne. Der Gesetzgeber habe den Konflikt zwischen unternehmerischer Entscheidung und Mitbestimmung durch die Gewährung von Mitbestimmungsrechten in Bereichen, die die unternehmerischen Entscheidungen beeinflussen könnten, selbst entschieden. Eine immanente Schranke rechtfertige dieser Grundgedanke nicht.¹⁾

Diese Argumentation ist einmal deswegen zweifelhaft, weil nicht jede Folge der Ausübung von Mitbestimmungsrechten vorhergesehen werden konnte. Typischerweise greifen die Tatbestände des § 87 I gerade nicht in unternehmerische Entscheidungen ein. Außerdem ist das BAG in seinen Ausführungen nicht konsequent. Es räumt nämlich ein, "daß jeder einzelne Mitbestimmungstatbestand wie jede Norm nicht nur aus sich heraus, sondern unter Berücksichtigung der gesetzlichen Gesamtregelung und des darin zum Ausdruck gekommenen Gesetzeszwecks auszulegen ist". Wenn es weiter ausführt, daß es dadurch nicht zu einer Beschränkung von Mitbestimmungsrechten komme, sondern zu der Feststellung, daß das Mitbestimmungsrecht von vornherein nur in dem aus einer solchen Betrachtung sich ergebenden Umfang gewährt werde²⁾, so verkennt das BAG daß auch die Anerkennung einer immanenten Schranke Ergebnis einer systematischen Auslegung ist. Ob man die Einschränkung als immanente Schranke bezeichnet, ist lediglich eine Formulierungsfrage. Das BAG widerspricht damit seiner eigenen Begründung, die darauf abgestellt hatte, daß der Mitbestimmungstatbestand seine Wertung in Bezug auf die unternehmerische Freiheit in sich enthalte.

Die anderen Auffassungen erkennen die Notwendigkeit eines Ausgleichs der Wertungen im Bereich der Mitbestimmungsrechte an.

1) BAG v. 31.8.82/DB 83,453 (454)

2) s. Fn 1, S. 455

Bedenkt man, daß alle diese Konzepte dazu dienen sollen, die Mitbestimmung und die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung in Einklang zu bringen, so können jedenfalls die Konzepte ausgeschieden werden, die das eine Ziel beeinträchtigen, ohne zur Verwirklichung des anderen zu dienen.

Diesen Vorwurf hat vor allem Reuter¹⁾ gegen die Auffassung erhoben, daß für Regelungen, die auf die unternehmerische Entscheidung einwirken, kein Initiativrecht gegeben sein soll. Gegen die Verwirklichung unternehmerischer Freiheit durch Einschränkung des Initiativrechts spreche in erster Linie, daß sich unternehmerische Freiheit ebenso im Tun wie im Unterlassen verwirkliche. Danach soll das aufgezwungene Unterlassen keine Besserstellung gegenüber dem aufgezwungenen Tun darstellen.²⁾

Bei dieser Argumentation wird nicht gesehen, daß Tun und Unterlassen nicht in jeder Hinsicht gleichzustellen sind. Nur ein Aspekt des unternehmerischen Handelns besteht darin, sein Marktverhalten immer neu auf den Markt abstimmen zu können. Der andere Aspekt besteht darin, planen zu können. Diesen Aspekt beeinträchtigt das Mitbestimmungsrecht dann weniger, wenn kein Initiativrecht eingeräumt wird. Dann kann bei der Planung der status quo zugrundegelegt werden. Insofern ist es nicht ganz zutreffend, daß diese Einschränkung keinerlei Schutz der unternehmerischen Freiheit gewährleistet.

1) ZfA 81,165 (170)

2) Badura WiR 74,1 (23)
Blomeyer ZfA 75,243 (294)
Lieb DB 81, Beil. 17, S. 7
Reuter ZfA 81,165 (170)

Insgesamt ist aber nicht ersichtlich, daß die bloße Beschränkung des Initiativrechts bei Gleichbleiben des sonstigen Mitbestimmungsrechts große Bedeutung zur Erhaltung unternehmerischer Freiheit hat. Mit diesem Konzept wird also den kollidierenden Werten nicht ausreichend Rechnung getragen.

Hinzu kommt, daß auch der Wortlaut des § 76 V 2, der generell von einer Antragsbefugnis beider Seiten ausgeht, und die Entstehungsgeschichte gegen eine Differenzierung der Mitbestimmungsrechte in solche mit und ohne Initiativrecht sprechen. Die im CDU-Entwurf¹⁾ vorgesehene entsprechende Unterscheidung wurde abgelehnt.

Reuter²⁾ stützt seine Konzeption auf die Aussage des § 76 V 3. Er hält dies für den einzigen gesetzlichen Ansatzpunkt für eine Beantwortung der Frage, wieweit eine mittelbare Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen durch mitbestimmte Regelungen erlaubt sei.

Das aus dem BetrVG zu entnehmende allgemeine Prinzip erstreckte sich nämlich nur auf die unmittelbare Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen, eine Aussage zur mittelbaren Beeinflussung liesse sich aber nicht entnehmen. Insbesondere sei eine systematische Reduktion der Vorschriften über die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten mit Bezug auf die §§ 106ff gerade nicht möglich. Aus den Vorschriften über die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten könne man lediglich auf den (ohnein anerkannten) Ausschluß der Beteiligung an der unmittelbaren unternehmerischen Entscheidung schließen. Eine mittelbare Beeinflussung sei gerade nicht ausgeschlossen. Eine Mitbestimmung bestehe nämlich bei der

1) BT-DrS VI/1806, §§ 29, 30

2) ZfA 81,165 (181ff)

Höhe der Sozialplanmittel. Damit hingen Sozialplan und Betriebsänderung untrennbar zusammen, Der den Sozialplan betreffende Einigungszwang wirke sich auf die Betriebsänderung aus. Die Wirtschaftlichkeit der Betriebsänderung hänge von der Einigung über den Sozialplan ab. Damit sei hier gerade ein Beispiel für die Beeinflussung einer unternehmerischen Maßnahme gegeben.

Auch eine Begründung aus dem Gesetzgebungsverfahren ist zweifelhaft. Die als Beweis angeführten Äußerungen¹⁾ können auch lediglich Aussagen über den Inhalt des Gesetzes bezüglich der unmittelbaren Beteiligung sein, ohne eine darüberhinausgehende Wertung darzustellen. Reuter bleibt als einziges positives (im Sinne von nicht andere Lösungen abwehrendes) Argument der klare Wortlaut des § 76 V 3.²⁾ Dort ist von der Beachtung der Belange des Betriebes die Rede, während die Beachtung unternehmerischer Belange nicht vorgesehen ist. Daraus ergibt sich für Reuter, daß eine Einschaltung der Einigungsstelle -und deren Befugnisse sind dem Mitbestimmungsrecht im Umfang gleich- in unternehmerische Entscheidungen nicht möglich ist.

In der Tat ist der Hinweis auf § 76 V 3 nicht zu übergehen. Es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die gefestigte Unterscheidung zwischen betrieblichen und unternehmerischen Angelegenheiten gekannt hat.

Ein ähnliches Problem ergab sich auch bei der Auslegung des § 5 III Nr. 3. Nach dieser Vorschrift zählen zu den leitenden Angestellten Personen, die "im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehmen, die ihnen regelmäßig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des

1) S. o. S. 100 Fn 4

2) ZfA 81,165 (181)

Betriebes im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden". Das BAG hatte keine Bedenken, nur unternehmerische Aufgabe zu dem so beschriebenen Aufgabenkreis zu rechnen. Es qualifizierte das Abstellen der Gesetzesfassung auf den Betrieb schlicht als "ungenau".¹⁾ Andere plädieren wenigstens für eine Mitberücksichtigung betrieblicher Aufgaben, zweifeln aber die Erstreckung auf unternehmerische Aufgaben nicht an.²⁾ Eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung würde hier zu absurden Ergebnissen führen.

Auch eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung des § 76 V 3 führt zu kaum tragbaren Konsequenzen. Reuter selbst hält diese Konsequenz für zu weitgehend.³⁾

Im Ausschluß der Berücksichtigung unternehmerischer Belange bei den Sprüchen der Einigungsstelle liegt eine Überspannung des Wortlauts, auch wenn man die Kenntnis des Gesetzgebers von der unterschiedlichen Funktion des Betriebes und des Unternehmens voraussetzt. Im Zusammenhang des § 76 V 3 liegt es nahe, daß der Gesetzgeber einen die Interessen des Arbeitgebers bezeichnenden Gegenbegriff zum Wohl der Arbeitnehmer gesucht hat und die Berührung unternehmerischer Interessen durch die der Einigungsstelle zugewiesenen Regelungsmaterien nicht gesehen hat.

Es bleibt danach nur noch zu fragen, ob die unternehmerischen Entscheidungen wenigstens als Ermessensrichtlinien in die Entscheidung der Einigungsstelle einfließen können.

Reuter macht gegen diese Meinung schwerwiegende Bedenken geltend.⁴⁾ Es bestehe in Wirklichkeit keine Entscheidungsfreiheit der Unternehmer mehr. Die unternehmerische Entscheidung

1) BAG v. 29.1.80/E 32,381 (387)

2) Müller DB 81, Beil. 23, S. 3
Rüthers FS BAG, S. 455 (470)

3) Er schlägt in Anlehnung an die Rspr. zur betriebsbedingten Kündigung eine Kontrolle der unternehmerischen Vorgabe daraufhin vor, ob diese offensichtlich unsachlich ist. (S. 188)

4) ZfA 81,165 (178ff)

stehe zur Disposition. Eine Lösung, die die Beachtung unternehmerischer Entscheidungen nur als Ermessensrichtlinie anerkennen wolle, führe letztlich immer zur Wertung der einzelnen Entscheidung. Der Betriebsrat oder die Einigungsstelle hätten im Einzelfall abzuwägen, ob die Belange der Belegschaft oder die Unternehmerentscheidung Vorrang haben sollten. Das könnten sie aber nicht, ohne zu überprüfen, welche Auswirkungen die Entscheidung auf das Unternehmen habe, eine Prognose, wie sie als Bestandteil unternehmerischer Entscheidungen typisch sei. Betriebsrat oder Einigungsstelle übernähmen damit unternehmerische Aufgaben.

Bei diesen Ausführungen wird allerdings die Bedeutung einer Ermessensrichtlinie unterschätzt. Zwar wird die Entscheidung des Unternehmers nicht garantiert, das heißt aber nicht, daß sie rechtlich bedeutungslos ist. Der Abwägungszwang besteht. Die Einigungsstelle entscheidet auch nicht über die unternehmerische Vorgabe, sondern lediglich über die Bedeutung, die ihr im Verhältnis zu anderen Belangen zuzumessen ist. Eine Ermessensrichtlinie kann nicht deshalb als rechtliches Nullum betrachtet werden, weil sich ein Gesichtspunkt nicht immer gegen den anderen durchsetzt.

Insbesondere aber kann man auf diesem Wege den Wertungen des Gesetzes am ehesten entsprechen. Denn bei aller Anerkennung eines Leitprinzips, das für die Freiheit unternehmerischer Entscheidung spricht, würde die Anerkennung allein nicht erklären, warum eine andere klar ausgesprochene Wertung, nämlich die der Gleichberechtigung des Betriebsrates im Bereich des § 87, teilweise aufgehoben werden sollte. Hingegen ermöglicht die Berücksichtigung im Rahmen des Ermessens beide Wertungen zum Ausgleich zu bringen.

4.1.1.2.4. Folgerung

Da die unternehmerischen Entscheidungen lediglich Ermessensrichtlinien darstellen, kann der Gedanke der unternehmerischen Verantwortung auch keine taugliche Begründung zum Ausschluß bestimmter Maßnahmen aus dem Bereich der Mitbestimmung abgeben.

4.1.1.3. Arbeitsbezogene Maßnahmen als Gestaltung materieller Arbeitsbedingungen

Der Hinweis, bei den arbeitsbezogenen Maßnahmen handele es sich um materielle Arbeitsbedingungen und sie seien deshalb mitbestimmungsfrei, taucht heute als negatives Argument auf. Es wird nämlich gesagt, nachdem die Beschränkung der Mitbestimmung auf formelle Angelegenheiten eindeutig entfallen sei, bestünde keine Berechtigung mehr, arbeitsbezogene Maßnahmen von der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 auszunehmen.¹⁾ Damit kann die Frage nach der Mitbestimmung bei materiellen Arbeitsbedingungen auch für unser Problem Bedeutung gewinnen.

4.1.1.3.1. Die Mitbestimmung bei der Regelung materieller Arbeitsbedingungen

Die Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen ist, obwohl diese Begriffe im Gesetzestext nicht vorkommen, weithin anerkannt. Diese Begriffe werden nicht nur zur Vereinfachung der Diskussion genutzt, sondern

1) Föhr AuR 75,353 (358)

an das Vorliegen der einen oder anderen Gattung werden ganz konkrete Rechtsfolgen geknüpft.

4.1.1.3.2. Die Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen

Es wird zwar allgemein mit den Begriffen "formelle" und "materielle" Arbeitsbedingungen gearbeitet, die Terminologie ist aber nicht einheitlich. Einigkeit besteht darüber, daß zu den materiellen Arbeitsbedingungen alle diejenigen Arbeitsbedingungen gehören, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen. Aber schon die Frage, wieweit man den bloßen Umfang der Arbeitspflicht zu den materiellen Arbeitsbedingungen zählen kann, wird nicht ganz einheitlich beantwortet. Überwiegend wird auch der Umfang der Leistungen des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer zu den materiellen Arbeitsbedingungen gerechnet, wie der Hinweis auf die Zugehörigkeit des § 87 I Nr. 3 zu den materiellen Arbeitsbedingungen zeigt.¹⁾

Die formellen Arbeitsbedingungen werden in der Regel ähnlich wie der Tatbestand des § 87 I Nr. 1 beschrieben. Es sollen Bedingungen sein, die die Ordnung des Betriebes betreffen.

4.1.1.3.3. Die Bedeutung dieser Unterscheidung für die Mitbestimmung nach § 56 I BetrVG 52

Zu § 56 I BetrVG 52 war es die weitaus überwiegende Ansicht, daß nur formelle Angelegenheiten der Mitbestimmung nach § 56 I BetrVG 52 unterfallen, während die materiellen

1) Badura WiR 74,1 (20)
Boewer DB 73,522 (522)
a.A. Gamillschegg ArbR II, Nr. 396 (S. 190)

Arbeitsbedingungen mitbestimmungsfrei bleiben.¹⁾

Für die Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen in Bezug auf die Mitbestimmung wurde zunächst auf die Anknüpfung an die Systematik des BRG 1920 verwiesen, Hier habe ein verbindlicher Spruch der Schlichtungsstelle nur bei formellen Angelegenheiten erfolgen können.²⁾ Auch die Zusammenstellung des Kataloges des § 56 I BetrVG 52 spreche gegen eine Einbeziehung materieller Angelegenheiten. Materielle Angelegenheiten seien Domäne der Tarifvertragsparteien. Da in den Fragen des § 56 I BetrVG 52 die Einigungsstelle angerufen werden könne, würde es zu einer Form der Zwangsschlichtung kommen, die dem Betriebsverfassungsrecht fremd sei. Die Schlichtung solcher Streitigkeiten obläge den Tarifpartnern. Nicht zuletzt dafür sei ihnen das Instrument des Arbeitskampfes zur Verfügung gestellt.²⁾

4.1.1.3.4. Die Bedeutung der Unterscheidung für die Mitbestimmung nach § 87 I

Mit der Erweiterung des Kataloges des § 56 I BetrVG 52 zum § 87 I paßte diese Argumentation nur noch teilweise. Mit § 87 I Nr. 3, der auch die vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit der Mitbestimmung unterstellte, und der Erweiterung bei der Festlegung der Akkord- und Stücklohnsätze auf die Festlegung des Geldfaktors wurden eindeutig materielle Angelegenheiten in die Mitbestimmung einbezogen. Deshalb wurde nun auch die Ansicht vertreten, daß die Unterscheidung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen im Bereich des § 87 I hinfällig sei.³⁾

1) Vgl. dazu die umfangreichen Nachweise bei Moll Mitbestimmung, S. 160 Fn 13,14

2) Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II, 2 S. 1359

3) Farthmann RdA 74, 65 (66)

Föhr AuR 75, 353 (357)

Nickel AuR 75, 254 (256)

Die h. M. behielt aber diese Unterscheidung bei. Man wollte es nun der Auslegung im Einzelfall überlassen, ob der im Frage kommende Tatbestand des § 87 I auch die in Frage stehende materielle Arbeitsbedingung umfaßte.¹⁾

Verfasser, die diese Unterscheidung für die Auslegung der Tatbestände des § 87 I fruchtbar machen wollen, zeigen eine eher restriktive Tendenz bei der Einräumung von Mitbestimmung bei materiellen Arbeitsbedingungen. So will Lieb²⁾ die Mitbestimmungspflicht bei materiellen Arbeitsbedingungen nur dann anerkennen, "wenn dafür besondere Gründe sprechen und das unternehmerische Interesse an der Mitbestimmungsfreiheit materieller Arbeitsbedingungen nicht überwiegt".

Hanau³⁾ versucht Kriterien für diese Auslegung aus der gesetzlichen Regelung zu entwickeln. Er führt dazu aus, die eindeutig der Mitbestimmung unterstellten Fälle materieller Arbeitsbedingungen hätten gemeinsam, daß sie jeweils eine besonders enge Beziehung zu einer der aufgezählten formellen Angelegenheiten aufwiesen. Daraus entwickelt er die These, der Mitbestimmung unterstellt seien jeweils die materiellen Fragen, die mit dem Tatbestand in besonders enger Beziehung stünden, die von ihm sogenannten materiellen Annexregelungen.⁴⁾

Gemeinsam ist, daß eine spezielle Rechtfertigung für die Einbeziehung materieller Arbeitsbedingungen gesucht wird.

-
- 1) Brecht § 87 Rz 6
Gaul Einigungsstelle, S. 101f
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 19
Rüthers ZfA 73,399 (410)
Wiese Initiativrecht, S. 36
- 2) DB 81, Beil. 1, S. 4
- 3) RdA 73,281 (282f)
- 4) Zustimmend Blomeyer ZfA 75,243 (293)

Dagegen kann man einwenden, daß es im Gesetz keine Stütze mehr für die Unterscheidung von materiellen und formellen Angelegenheiten gebe. Es fehle somit an einer Begründung dafür, die materiellen Arbeitsbedingungen anders zu behandeln als formelle. Es sei jeweils durch Auslegung zu ermitteln, welche Arbeitsbedingungen vom Tatbestand der Norm erfaßt würden.

Im Ergebnis geht es heute eigentlich nicht mehr um die Frage, ob bei materiellen Arbeitsbedingungen mitbestimmt werden kann, sondern darum, ob es eine spezielle Auslegungsregel gibt, die für alle Mitbestimmungstatbestände gilt. Dieser Streit wird indessen gegenstandslos, wenn man bedenkt, daß Hanaus Auslegungsregel schon selbst Ergebnis einer Auslegung ist. An dieser Stelle ist lediglich eine Vorarbeit geleistet, die sonst für jeden Fall einzeln geleistet werden müßte.

Es spricht viel für Hanaus Auslegungsregel. Zunächst einmal spricht die Systematik des Gesetzes dafür. Aber auch mit der Gesetzesgeschichte läßt sich diese Auslegung in Einklang bringen. In gewisser Weise wurden schon immer Annexregelungen getroffen. Es war klar, daß die mitbestimmten und eventuell dem Arbeitgeber aufgezwungenen Regelungen auch Kosten verursachten. Es handelte sich bloß nicht um Zuwendungen, sondern um indirekte Kosten oder Folgekosten. Insofern konnte man schon immer von einer Mitregelung materieller Fragen, die in untrennbaren Zusammenhang mit formellen Arbeitsbedingungen standen, sprechen.

Diese Auslegungsregel ist aber nur dann eine Hilfe, wenn eine Maßnahme eindeutig als materiell oder formell einzuordnen ist. Ist diese Zuordnung nicht ohne weiteres vorzunehmen, so wird der für die Rechtsanwendung erhebliche Vorgang von der Auslegung der Norm zur Zuordnung der Maßnahme verlagert. Wollen wir etwa mit Hilfe der Auslegungsregel

klären, ob es Verhaltensvorschriften gibt, die nicht der Mitbestimmung unterfallen, so müßten wir die Verhaltensvorschriften daraufhin untersuchen, ob darunter materielle Arbeitsbedingungen sind. Dafür wäre der im einzelnen unklare Begriff der materiellen Arbeitsbedingungen zu klären. Letztlich würden wir also eine Subsumtion unter einen unklaren und im Gesetz nicht enthaltenen Begriff vornehmen. Dann erscheint es aber gerechtfertigt, auf die Auslegungsregel zu verzichten und auf die Norm selbst zurückzugehen.

4.1.1.3.5. Folgerung

Das Zurückgehen auf die Frage der Mitbestimmung bei materiellen Angelegenheiten ist nur dann hilfreich, wenn eine Maßnahme eindeutig den materiellen oder formellen Arbeitsbedingungen zugeordnet werden kann. Diese Eindeutigkeit ist aber bei Verhaltensvorschriften im Betrieb gerade nicht gegeben. Für den Ausschluß arbeitsbezogener Maßnahmen aus dem Bereich der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 bietet diese Fragestellung deshalb keine Hilfe.

4.1.1.4. Mitbestimmungsfreiheit wegen Fehlens eines Entscheidungsspielraums

Gelegentlich werden Maßnahmen nicht der Mitbestimmung unterstellt, weil für sie kein Regelungsspielraum besteht.¹⁾ Die Bezeichnung von bestimmten Maßnahmen als "arbeitsnotwendig" legt den Gedanken nahe, daß diese Maßnahmen

1) Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 106

unbedingt getroffen werden müssen, so daß kein Raum für eine Entscheidung bleibt.

Soweit dieser Regelungsspielraum nicht schon deshalb entfällt, weil eine gesetzliche oder tarifliche Vorschrift besteht, können nur tatsächliche Gründe diesen Spielraum beschränken. Es reicht nicht aus, daß keine Auswahl zwischen mehreren Maßnahmen besteht, es darf auch nicht die Möglichkeit bestehen, die Maßnahme ganz zu unterlassen. Das ist nur in der Weise möglich, daß alle Entscheidungen außer einer nur infolge einer fehlerhaften Abwägung getroffen werden könnten, d. h. also, daß eine Ermessensreduzierung auf Null eintritt. Jedoch würde sich dadurch das Thema der Regelung nicht ändern, grundsätzlich also ein Mitbestimmungstatbestand vorliegen.

Wenn man gleichwohl die Mitbestimmung ausschließen will, so kann man das nur auf Grund der Überlegung tun, daß es hier nicht mehr um eine Regelungsfrage geht, sondern um die Rechtsfrage, ob nur diese eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gegeben ist. Schon die Frage, ob der Betriebsrat bei der Lösung von Rechtsfragen mitzubestimmen hat, wird aber nicht einheitlich beurteilt. Die Verneinung dieser Frage ist Voraussetzung für die Anwendung dieses Rechtsgedankens auf arbeitsbezogene Maßnahmen.

4.1.1.4.1. Die Unterscheidung von Rechts- und Regelungsfragen

Die Unterscheidung von Rechts- und Regelungsfragen stammt noch aus der Zeit des BRG 1920. Es ging dabei um die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen nach der SchlVO 23. Die Schlichtungsausschüsse sollten nur für die sog. Interessensstreitigkeiten zuständig sein, während Rechtsstreitigkeiten

nämlich Streitigkeiten um das Vorliegen eines Anspruchs oder die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme, vor die Arbeitsgerichte gehörten. Nach einem berühmt gewordenen Wort von Jacobi sollte die Schlichtungsstelle nicht entscheiden, was rechtens ist, sondern, was rechtens sein soll.¹⁾ Bei Sinzheimer heißt es noch kürzer: Schlichten ist kein Richten.²⁾

Diese Fragestellung tauchte in veränderter Form unter dem BetrVG 52 wieder auf. Nun ging es um die Zuständigkeit der Einigungsstelle und um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Grundsätzlich sollte die Einigungsstelle nicht über Rechtsfragen, sondern nur bei Regelungsstreitigkeiten entscheiden. Für Rechtsfragen sollte das Arbeitsgericht zuständig sein,

4.1.1.4.2. Die Mitbestimmung bei der Rechtsanwendung

Auch heute nimmt man überwiegend an, daß das Mitbestimmungsrecht nur Regelungsfragen betreffen kann.³⁾ Dagegen soll die Lösung von Rechtsfragen, d. h. die Anwendung von Rechtsnormen durch den Arbeitgeber allein erfolgen.

Für den Bereich des § 56 I BetrVG 52 wurde diese Frage insbesondere für die Umsetzung der tariflichen Akkordfestsetzungen auf den Betrieb behandelt.⁴⁾

1) Grundlehren, S. 148

2) Grundzüge, S. 300

3) BAG v. 4.8.81/DB 82,383
BAG v. 2.3.82/DB 82,2142 (2142)
Rüthers ZfA 73,399 (410)
a.A. Söllner FS BAG, S. 605 (606)

4) BAG v. 12.10.55/E 2,165
Hilger BB 56,10
Vielhaber BB 53,358

Außerhalb der sozialen Angelegenheiten tauchte dasselbe Problem bei Ein- und Umgruppierungen auf.¹⁾

Gegen das Mitbestimmungsrecht bei der Normanwendung wird eingewandt, dabei gebe es nur eine richtige Entscheidung. Deshalb habe das Mitbestimmungsrecht keinen Sinn. Die richtige Entscheidung lasse sich nicht durch Obereinstimmung finden.²⁾

Für einen Ausschluß der Mitbestimmung im Bereich des § 87 I läßt sich auch anführen, daß die Mitbestimmung nur eingreift, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Bei der Normanwendung liegt aber eine gesetzliche Regelung vor.

Gegen eine Mitbestimmung spricht auch, daß die Einigungsstelle, die bei den Fragen, für die ein Mitbestimmungsrecht besteht, verbindlich entscheidet, ihre Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen hat (§ 76 V 3). Für ein billiges Ermessen ist aber nur dort Raum, wo eine Ermessensentscheidung zu treffen ist.

Dagegen meinen andere, daß der Betriebsrat auch dort mitbestimmen könne, wo es um das Finden einer richtigen Rechtsentscheidung gehe. Sie verweisen darauf, daß sich Rechts- und Regelungsfragen nicht ohne weiteres trennen ließen. Im BetrVG enthielte im Grunde jede Regelungsfrage auch Rechtsfragen, denn man müsse die Kompetenz zur Regelung und die inneren Schranken der Regelung im Auge behalten. Im übrigen enthalte jede Rechtsfrage auch volitive Elemente. Die These von der einen richtigen Entscheidung liesse sich nicht aufrechterhalten.³⁾ Vielmehr beruhe die Richtigkeit auf der

1) BAG v. 12.10.55/E 2,147 (151f)
BAG v. 9.10.70/AP Nr. 4 zu § 63 BetrVG (52)
Bötticher RdA 69,194
Dietz-Richardi § 99 Rz 50
Kraft in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 99 Rz 31ff

2) BAG v. 2.3.82/DB 82,2142 (2142)
Vielhaber BB 53,358 (358)

3) BAG v. 12.10.55/E 2,147 (151f)
BAG v. 9.10.70/AP Nr. 4 zu § 63 BetrVG (52)

Oberzeugung und dieser lägen Wertungen zugrunde, die unterschiedlich ausfallen können. Es sei durchaus sinnvoll, den Betriebsrat in eine solche Wertung einzuschalten. Im übrigen böte auch eine von mehreren Personen getroffene Rechtsentscheidung eine größere Gewähr für Richtigkeit.¹⁾ Außerdem könne diese Form der Mitbestimmung auch der vorbeugenden Kontrolle der Einhaltung der Normen dienen.²⁾ Im übrigen werde durch eine Beschränkung auf den Schutzzweck der Sinn des Mitbestimmungsrechtes verkürzt.³⁾

An diesen Einwänden ist richtig, daß sich Rechts- und Regelungsfragen in vieler Hinsicht gleichen. Auch im BetrVG ist die Trennung von Rechts- und Regelungsfragen bei der Zuweisung an Gericht und Einigungsstelle nicht strikt durchgeführt. So finden sich eine Reihe von Rechtsfragen bei der Einigungsstelle und beim Betriebsrat (§§ 37 VI, 37 VII, 38 II⁴⁾, 99 II Nr. 1, 109). Auch beim Beschluß nach § 103 soll es kein Ermessen geben.⁵⁾ Dagegen sind dem Arbeitsgericht auch Regelungsfragen zugewiesen (§§ 16 II, 17 III, 76 II). An der Tragfähigkeit einer auf die Systematik gestützten Argumentation bestehen deshalb Bedenken.

Auch der Hinweis auf den Eingangssatz des § 87 I ist nicht sehr überzeugend. Sinn des Gesetzes- und Tarifvorrangs ist

1) Söllner FS BAG, S. 605 (608)

2) Böttcher RdA 69,194 (197)

Vgl. auch die Bezeichnung für das Mitbestimmungsrecht nach § 99 II Nr. 1 als kontrollierendes Mitbestimmungsrecht.

3) Richardi im Anschluß an BAG AP Nr. 4 zu § 63 BetrVG (52)

4) Dies soll teils eine Rechts-, und teils eine Regelungsfrage darstellen (Dütz AuR 75,212).

5) Kraft in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 103 Rz 23

es nämlich, eine abweichende oder übernehmende¹⁾ betriebliche Regelung zu verhindern, wenn eine inhaltliche Regelung über ein bestimmtes Thema vorliegt. Diese Gefahr besteht aber bei der reinen Normanwendung gerade nicht.

Es trifft auch zu, daß die These von der einen richtigen Entscheidung in dieser Form heute nicht mehr haltbar ist.²⁾ Bei nahezu jeder Entscheidung spielen auch Wertungsgesichtspunkte eine Rolle, so daß es, je nachdem, wie die Wertung der einzelnen Gesichtspunkte vorgenommen wird, zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann. Der Unterschied zwischen Ermessensausübung, also der Wahl einer von mehreren möglichen rechtlichen Regelungen, und der Beurteilung eines Tatbestandsmerkmals ist dann nur noch eine Frage von Tatbestands- und Rechtsfolgeseite.

Die Ähnlichkeit zwischen der Ausübung von Ermessen und der Beurteilung einer Rechtsfrage ist zunächst im Verwaltungsrecht erkannt worden und insbesondere für den Fall bearbeitet worden, daß der Tatbestand der Norm einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält. Allerdings sind die Konsequenzen aus dieser Ähnlichkeit eher vorsichtig. Lediglich in Einzelfällen wird der Verwaltung ein unüberprüfbarer sog. Beurteilungsspielraum eingeräumt.³⁾

Die Problematik liegt allerdings im Verwaltungsrecht anders als bei der Mitbestimmung. Wo der Verwaltung bei der Anwendung einer Norm ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird, wird gleichzeitig der Rechtsschutz des Bürgers verkürzt. Das Gericht kann nur noch überprüfen, ob Fehler bei der

1) str., vgl. unten S. 272

2) Hilger BB 56,10 (11) nimmt zwar an, daß es nur eine richtige Entscheidung gibt, sie räumt aber ein, daß diese "praktisch nicht mit mathematischer Sicherheit" gefunden werden könne.

3) Bezeichnenderweise ist die Terminologie insoweit ins Betriebsverfassungsrecht übernommen worden.

Hilger BB 56,10 (11)

Jäcker Einigungsstelle, S. 145

Richardt im Anschluß an BAG AP Nr. 4 zu § 63 BetrVG (52)

Beurteilung vorgelegen haben, jedoch nicht mehr die Beurteilung selbst.

Bei der Einräumung von Mitbestimmungsrechten geht es dagegen nicht um die Frage der Überprüfbarkeit. Die Möglichkeit, sich gegen die mitbestimmte Entscheidung rechtlich zu wehren, bleibt erhalten. Es geht um die Kompetenz zur Anwendung der Norm. Nur wenn die vom Arbeitgeber und vom Betriebsrat getroffene Entscheidung oder der Beschluß der Einigungsstelle unüberprüfbar wären, bestünden Bedenken wegen der Verkürzung von Rechten der Betroffenen. Eine gemeinsame Entscheidung von Betriebsrat und Arbeitgeber kann aber keine verbindliche Auslegung schaffen.¹⁾

Bei der Erörterung des Rechtsschutzes liegt die Frage nahe, ob die Mitbestimmung bei einer vollständig überprüfbaren Entscheidung überhaupt noch Sinn hat. Die Schutzfunktion wird in diesem Bereich vom Gericht übernommen, das in keinem Falle schwächer als der Betriebsrat ist. Die Einräumung von Mitbestimmung in diesem Bereich stellt dann so etwas wie einen aufgezwungenen Rechtsschutz dar. Dieser Rechtsschutz unterscheidet sich vom konventionellen dadurch, daß er dem betroffenen Arbeitnehmer nicht die im realen Leben schwierige Entscheidung abverlangt, gegen den Arbeitgeber vorzugehen. Nicht nur das Risiko eines Rechtsstreits, sondern auch die sichere Belastung des Arbeitsklimas führen dazu, daß der Rechtsschutz durch die Gerichte innerhalb von bestehenden Arbeitsverhältnissen weitgehend leerläuft. Insofern kann auch neben gerichtlichem Schutz ein weiterer Schutz sinnvoll sein. Zwar ist dieser weitere Schutz auch nicht ohne Gefahren für die Arbeitnehmer, denn ein Arbeitnehmer wird gegen eine Entscheidung, die Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam getroffen haben, noch viel weniger vorgehen als gegen eine Entscheidung, die der Arbeitgeber allein getroffen

1) BAG v. 11.3.76/AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG (zu § 1 III KSchG)

hat. Darin liegt wiederum eine faktische Verminderung des Rechtsschutzes. Aber angesichts der Tatsache, daß es auf Grund der Beteiligung des Betriebsrats selten zu einer Fehlentscheidung zuungunsten der Arbeitnehmer kommen wird, kann diese Gefahr vernachlässigt werden.

Ist also auch im Bereich der Rechtsanwendung ein Schutz möglich, so kann Mitbestimmung durchaus einen Sinn haben. Sieht man die Teilhabe an Entscheidungen ebenfalls als einen Sinn der Mitbestimmung an, so hat man hier ein weiteres Ziel, das bei der Rechtsanwendung verwirklicht werden kann.

Der Nachteil der Argumentation mit Schutzzweck und Teilhabemöglichkeit liegt, wie schon weiter oben ausgeführt, darin, daß über die Möglichkeit der Verwirklichung dieser Zwecke hinaus, die im Arbeitsverhältnis fast durchgehend gegeben ist, Indizien dafür aufgeführt werden sollten, daß dies gerade im untersuchten Bereich geschehen sollte.

Solche Indizien gibt es aber nicht. Vielmehr spricht die Aufgabenverteilung im Gesetz gegen die Gleichstellung von Normanwendung und Regelung.

Die Zuweisung von Rechts- und Regelungsstreitigkeiten an Gericht bzw. Einigungsstelle ist zwar nicht lupenrein durchgeführt, die Formulierung des § 76 V 3 weist aber doch daraufhin, daß die zugewiesenen Materien einer Ermessensausübung bedürfen.

Eine deutlichere Sprache spricht noch § 78. Hier wird nämlich ganz deutlich, daß die exekutiven Aufgaben durchweg beim Arbeitgeber verbleiben, und zwar selbst dann, wenn es um die Umsetzung gemeinsamer Rechtsetzung geht.

Eine generelle Beteiligung des Betriebsrats bei der Normanwendung kann man danach nur annehmen, wenn eine solche ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist oder sich zwingende Indizien hierfür ergeben. Im allgemeinen gilt aber der Grundsatz, daß der Arbeitgeber für die Normanwendung allein zuständig ist.

4.1.1.4.3. Übertragbarkeit auf Regelungen, bei denen das Ermessen auf Null reduziert ist

Bevor dieses Ergebnis auf unsere Frage übertragen wird, sollte überprüft werden, ob die Frage der Mitbestimmung bei der Normanwendung und die Frage, ob der Betriebsrat mitbestimmen soll, wenn kein Ermessensspielraum besteht, vergleichbar sind. Beide haben gemeinsam, daß theoretisch nur eine richtige Entscheidung möglich ist. Diese Entscheidung ist im Fall der Normanwendung gerichtlich voll überprüfbar, weil es um Gesetzes- oder Tarifauslegung geht. Bei der Ermessensreduzierung auf Null hängt die Wirksamkeit der Maßnahme davon ab, ob die Maßnahme inhaltlich zulässig ist und ob eine Ermessensreduzierung vorliegt. Auch diese Maßnahme könnte also ganz überprüft werden.

In der Folgerung sind beide Fälle aber völlig unterschiedlich. Während es bei der Frage, ob der Betriebsrat auch an Rechtsfragen beteiligt werden soll, um eine Erweiterung der Befugnisse des Betriebsrats auf der Tatbestandsseite geht, geht es bei der Ermessensreduzierung darum, die Beteiligung des Betriebsrats auf der Rechtsfolgenseite zu beschränken.

Für eine solche Beschränkung gibt aber die vorher aufgeführte Argumentation zur Beschränkung des Betriebsrats auf

Regelungsstreitigkeiten keine Grundlage ab. Diese Einschränkung der Mitbestimmung beruht wesentlich auf der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenverteilung. Es wurde aber auch gezeigt, daß die Verwirklichung eines Schutzzwecks auch dort möglich ist, wo eine Entscheidung gerichtlich überprüft werden kann. Der Teilhabezweck läßt sich bei jeder die Arbeitnehmer betreffenden Anordnung erfüllen.

Die oben geschilderte grundsätzliche Aufgabenverteilung spricht dafür, daß im Bereich der Rechtsetzung mitbestimmt werden soll. Eine Beschränkung für den Fall, daß es nur eine Möglichkeit der Rechtsetzung gibt, läßt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen.

4.1.1.4.4. Folgerung

Da die Mitbestimmung auch bei Fehlen eines Ermessensspielraums eingreift, läßt sich die Frage für einen Ausschluß der Mitbestimmung bei arbeitsbezogenen Maßnahmen nicht fruchtbar machen.

4.1.1.5. Begründung aus der Entstehungsgeschichte

Wie schon ausgeführt, stammt die hier in Rede stehende Formulierung des § 87 I Nr. 1 aus der GewO und sollte dort sicherstellen, daß der bisherige Inhalt der Arbeitsordnungen beibehalten werden konnte. Diese Arbeitsordnungen wie auch die Arbeitsordnungen der GewO wurden schriftlich abgefaßt und sollten für alle Arbeitnehmer gelten. Es ergab sich daraus von selbst, daß Regelungen für Arbeitsvorgänge nicht aufgestellt wurden, da dann zwischen verschiedenen

Arbeitergruppen hätte differenziert werden müssen.¹⁾

Die zunächst -im BRG 1920- rechtliche²⁾ und dann -im BetrVG 52- gedankliche³⁾ Anknüpfung an die Arbeitsordnung bewirkte, daß auch später arbeitsbezogene Maßnahmen ausgeschlossen wurden.

Dieser Ausschluß kann nun, nach Erlaß des BetrVG von 1972, als gesichert angesehen werden. Zur Zeit der Entstehung dieses Gesetzes lag die einschlägige Rechtsprechung des BAG⁴⁾ schon vor, die von der Literatur wenigstens grundsätzlich akzeptiert worden war.

Zwar ist der Schluß, der Gesetzgeber habe die jeweils h. M. zu jeder betriebsverfassungsrechtlichen Frage, zu der das Gesetz nichts Gegenteiliges aussagt, in seinen Willen aufgenommen, nicht in jedem Fall zulässig. Dieser Schluß ist aber bei grundsätzlichen Fragen möglich, von deren Bekanntheit man ausgehen kann, oder wenn es im Gesetzgebungsverfahren einen konkreten Anhaltspunkt dafür gibt, daß man sich Gedanken über diese Frage gemacht hat.

Für die hier behandelte Frage ist das der Fall. Während der Regierungsentwurf zum BetrVG von 1972⁵⁾ die unveränderte Übernahme der Formulierung aus dem BetrVG 52 vorsah, enthielten sowohl der SPD-Entwurf⁶⁾ als auch der FDP-Entwurf⁷⁾ einen Zusatz der den Einschluß arbeitstechnischer bzw.

1) S. o. S. 57

2) §§ 78 Nr. 3, 80 BRG 1920

3) Vgl. BAG v. 27.5.60/E 9,238

4) v. 27.5.60/E 9,238
v. 15.12.61/E 12,124

5) BT-DrS VI/1786, § 87 I Nr. 1

6) BT-DrS V/3658, § 56 I lit. i

7) BT-DrS V/4011, § 56 I lit. h

arbeitstechnologischer Maßnahmen vorsah. Das war eine deutliche Reaktion auf die Rechtsprechung des BAG. In den Gesetzestext nahm man aber keine der vorgeschlagenen Hinzufügungen auf. Bei dieser Sachlage kann man schließen, daß der Einschluß solcher Maßnahmen nicht gewollt war.

4.1.2. Die Eingrenzung der arbeitsbezogenen Maßnahmen

Der Nachteil dieser Begründung gegenüber den anderen in Erwägung gezogenen Begründungen liegt darin, daß damit zunächst nichts für eine mögliche Abgrenzung des Bereichs der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betriebe gewonnen ist.

Die Rechtsprechung des BAG und die Literatur waren nämlich nicht einheitlich hinsichtlich der Beschreibung dieser Maßnahmen. Während das BAG in seiner ersten Grundsatzentscheidung noch auf den Bezug zur Arbeitsleistung abgestellt hatte,¹⁾ stellte es in der zweiten Entscheidung auf die Wichtigkeit der Maßnahme für die Leistung ab,²⁾ so daß ein und dieselbe Maßnahme, je nach der Art des Betriebes, einmal unter § 56 I lit. f BetrVG 52 fallen konnte, das andere Mal nicht.

In der untergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur wurden ebenfalls beide Wege eingeschlagen. Von einer gefestigten Meinung hinsichtlich der Art der Ausgrenzung kann man also nicht ausgehen.

Lediglich, daß man eine solche Ausgrenzung vornehmen mußte, stand fest. Die beiden oben zitierten Änderungsvorschläge³⁾

1) S. o. S. 26f

2) S. o. S. 28f

3) Siehe S. 127 Fn 6 u. 7

weisen daraufhin, daß man anderenfalls die Arbeitsleistung betreffende Maßnahmen ausdrücklich einbezogen hätte.

Da also weder die damalige Situation noch das Gesetzgebungsverfahren Auskünfte über die Art der mitbestimmungsfreien Maßnahmen geben, bleibt als einziger Anhaltspunkt noch das Gesetz selbst.

Im BetrVG finden sich einige Sondervorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats bei arbeitsbezogenen Maßnahmen, die zumeist eine schwächere Form der Beteiligung, als es die Mitbestimmung ist, vorsehen. Argumentation aus Sondervorschriften ist indessen nicht unbedenklich. Wenn eine Maßnahme den Tatbestand zweier Vorschriften erfüllt, die Beteiligung vorsehen, so ist nicht gesagt, daß dies immer zur Restriktion der Norm führen muß, die die stärkere Beteiligung vorsieht. Im Bereich der Überschneidung kann sich die stärkere Beteiligung durchsetzen.

Diese, für sich genommen, nicht ausreichende Argumentation wird hier auch nicht angewandt. Die Sondervorschriften sollen lediglich zur Konkretisierung einer schon nachgewiesenen Restriktion dienen.

Als Sondervorschrift, die arbeitsbezogene Maßnahmen betrifft, kann zunächst § 106 III Nr. 5 angesehen werden. Danach hat der Wirtschaftsausschuß das Recht, über "Fabrikations- und Arbeitsmethoden, insbesondere die Einführung neuer Arbeitsmethoden" unterrichtet zu werden. Nach § 111 Nr. 5 hat der Betriebsrat ein Unterrichts- und Beratungsrecht bei der "Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren". Über diese Fragen kann ein Interessenausgleich herbeigeführt werden, der aber nicht erzwungen werden kann. Am deutlichsten ist die Beteiligung hinsichtlich

einzelner arbeitsbezogener Maßnahmen in den §§ 90,91 geregelt. Nach § 90 hat der Betriebsrat ein Unterrichts- und Beratungsrecht bei der Planung von Arbeitsabläufen, Arbeitsverfahren und Arbeitsplätzen. § 91 räumt sogar ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht ein. Dieses Mitbestimmungsrecht ist allerdings zweifach eingeschränkt. Zunächst ist der Tatbestand sehr eng gefaßt. Die Änderung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung muß "den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen" und eine besondere Belastung verursachen. Aber auch das Regelungsziel ist nicht beliebig. Der Betriebsrat darf nur Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich der Belastung verlangen.

Diese Beteiligungsrechte beziehen sich überwiegend auf das Planungsstadium von Maßnahmen. Neben einem notwendigen Mitbestimmungsrecht könnten sie nur den Sinn haben, dem Betriebsrat eine Vorbereitung auf seine Stellungnahme zu erlauben. Angesichts der Tatsache, daß der Betriebsrat die Dauer der Verhandlungen über eine Maßnahme weitgehend selbst bestimmen kann, wären die Vorschriften dann fast bedeutungslos.

Das erzwingbare Mitbestimmungsrecht nach § 91 ist nicht auf die Planung bezogen, sondern setzt vollendete Tatsachen voraus. Dieses Recht hätte neben einem Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung keinen Sinn. Die reagierenden Maßnahmen könnte der Betriebsrat dann immer zur Voraussetzung seiner Zustimmung machen.

Zusammengefaßt sind dem Betriebsrat Beteiligungsrechte bei Fabrikationsmethoden, Arbeitsmethoden, Fertigungsverfahren, Arbeitsverfahren, Arbeitsabläufen und Arbeitsplätzen eingeräumt. Die Nähe dieser Themen zu den arbeitsbezogenen

Maßnahmen i. S. d. § 87 I Nr. 1 erlaubt, diese deutlichen Hinweise des Gesetzes zur Eingrenzung der arbeitsbezogenen Maßnahmen zu nutzen.

Insbesondere bei den §§ 90,91 ist bei der Bezeichnung des Mitbestimmungsgegenstandes der Sprachgebrauch der Arbeitswissenschaft verwendet worden.¹⁾

Nach diesem Sprachgebrauch ist Arbeitsablauf der weiteste Begriff. Arbeitsablauf soll danach die räumliche und zeitliche Folge des Zusammenwirkens von Mensch und Betriebsmittel mit der Eingabe, um diese gemäß der Arbeitsaufgabe zu verändern oder zu verwenden, sein.²⁾

Das Arbeitsverfahren betrifft die Technologie, die zur Veränderung des Arbeitsgegenstandes i. S. d. Arbeitsaufgabe angewandt wird. Dem entspricht in der Fertigungsindustrie das Fertigungsverfahren.³⁾

Als Arbeitsmethode werden die Regeln zur Ausführung des Arbeitsablaufs durch den Menschen bei einem bestimmten Arbeitsverfahren bezeichnet.⁴⁾

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß hier nur auf den Arbeitsvorgang abgestellt wird, während sonstige Faktoren, die die Qualität des Arbeitsergebnisses beeinflussen können, außen vor bleiben. Der Vorgang selbst ist aber weitgehend erfaßt. Werden nun diese Sondervorschriften für die Bestimmung arbeitsbezogener Maßnahmen herangezogen, so ergibt sich ein Spiegelbild dieser Kompetenzverteilung.

1) Zu BT-DrS VI/2729, S. 30

2) Hackstein Arbeitswiss. II, S. 499

3) Hackstein Arbeitswiss. II, S. 503

4) Hackstein Arbeitswiss. II, S. 503

Als arbeitsbezogene, und damit mitbestimmungsfreie Maßnahmen können wir die Anordnungen ansehen, die Zeit und Ort der Arbeitsleistung betreffen. Weiterhin ordnet der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei an, welche Technik eingesetzt wird. Am ehesten wirkt sich die Festlegung der Arbeitsmethode als Schranke des § 87 I Nr. 1 aus. Denn hier sind die Arbeitnehmer direkt angesprochen und es wird ihnen ein bestimmtes Verhalten abverlangt. Diese Regeln sind dann mitbestimmungsfrei, wenn sie zur Ausführung eines Arbeitsablaufs bei einem bestimmten Arbeitsverfahren dienen. Auch die zeitliche Abfolge der Befolgung dieser Regeln ist Sache des Arbeitgebers allein. Sie ist Teil des Arbeitsablaufs.

4.1.3. Folgerung

Die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 erfaßt Maßnahmen dann nicht, wenn sie arbeitsbezogen sind.

Arbeitsbezogen sind Maßnahmen, die den Arbeitsablauf, das Arbeitsverfahren und die Arbeitsmethode betreffen.

4.2. Maßnahmen, die keine Pflichten der Arbeitnehmer begründen oder konkretisieren

Gelegentlich werden Maßnahmen von der Mitbestimmung ausgenommen, die nicht "verbindlich"¹⁾ oder nicht "verpflichtend"²⁾

1) BAG v. 9.12.80/DB 81,1092
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 44
Stege-Weinspach § 87 Rz 44

2) LAG Hamm v. 13.8.80/DB 81,851
LAG Düsseldorf v. 13.7.76/zitiert bei Brill DB 78, Beil. 9 S. 3
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 44
Stege-Weinspach § 87 Rz 44
Wiese in GK-BetrVG 2. Bearb. 79 § 87 Rz 55, anders 3. Bearb. 82 § 87 Rz 95

oder keine "Regelung"¹⁾ sind.²⁾

Man kann wohl die Begriffe "verbindlich" oder "Regelung" in diesem Zusammenhang so interpretieren, daß es sich hier um die Gestaltung einer Rechtslage, um Rechtsetzung im weitesten Sinn handeln muß. "Verpflichtend" wird sogar in einem noch engeren Sinn gebraucht. Dabei muß es sich um eine Rechtsetzung handeln, die eine Verpflichtung der Arbeitnehmer begründet. Dasselbe gilt von der Formulierung "verbindlich für die Arbeitnehmer".

Diese Problematik taucht bei unterschiedlichen Fallgruppen auf. Bei einer Gruppe geht es um bloße Hinweise auf bestehende Pflichten. So wertete das LAG Hamm³⁾ die Aufforderung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer, sich für eine gerade im Betrieb stattfindende polizeiliche Ermittlung bereitzuhalten, als bloßen Hinweis auf eine nach der StPO bestehende Pflicht und befand die Aufforderung für mitbestimmungsfrei. Das BAG⁴⁾ stellte hingegen fest, eine solche Maßnahme könne sowohl die Ausübung des Direktionsrechts als auch eine Weitergabe polizeilicher Anordnungen und als solche mitbestimmungsfrei sein.

Gegenstand der zweiten Gruppe sind Fälle, in denen an ein bestimmtes Verhalten oder einen Verhaltenserfolg eine positive Folge angeknüpft wird, wobei dieses Verhalten aber nicht zur Pflicht gemacht wird. Beispiele aus der neueren Rechtsprechung sind der Überstundennachweis-Beschluß⁵⁾

1) ArbG Solingen v. 31.8.73/DB 73,2454 (offen)

2) In dieser Richtung auch ArbG Berlin v. 3.4.74/DB 74,1167
LAG Hamm v. 17.12.80/DB 81,1336
BAG v. 17.8.82/DB 82,2578

3) v. 13.8.80/DB 81,851

4) v. 17.8.82/DB 82,2578

5) v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des Betriebes

und der Sicherheitswettbewerb-Beschluß¹⁾.

Im erstgenannten Fall hatte der Arbeitgeber Formulare für den Nachweis von Überstunden entwickelt. Das BAG stellte dazu fest, die Einführung und Gestaltung sei mitbestimmungsfrei, weil zur Benutzung nicht verpflichtet worden sei.

Dem Sicherheitswettbewerb-Beschluß lag ein Streit über die Mitbestimmung des Betriebsrats bei einem Sicherheitswettbewerb zugrunde. Der Arbeitgeber hatte für die Befolgung von Sicherheitsbestimmungen Prämien ausgesetzt, die Nichtbefolgung sollte zu Prämienverlusten führen. Im Gegensatz zur 2. Instanz, die die Mitbestimmung wegen Fehlens einer Pflichterzeugung abgelehnt hatte, gewährte das BAG ein Mitbestimmungsrecht mit der Begründung auch sonstige Verhaltensbeeinflussungen seien Fragen des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.

4.2.1. Untersuchung von Begründungen zur Herausnahme solcher Maßnahmen aus dem Bereich der Mitbestimmung

Angesichts der Bedeutung, die die Herausnahme der beschriebenen Maßnahmen aus dem Bereich der Mitbestimmung haben würde, ist es verblüffend, wie wenig diese Herausnahme begründet wird. Die möglichen Begründungen sollen hier unter die Lupe genommen werden.

1) v. 24.3.81/E 35,150

4.2.1.1. Begründung aus dem Wortlaut des § 87 I Nr.1

Das BAG stellt in seinem 1. Oberstundennachweis-Beschluß¹⁾ auf das Wesen der Ordnung ab. Dort heißt es: "Ein wesentliches Merkmal jeder betrieblichen Ordnung ist nämlich ihr verpflichtender Charakter für die Belegschaftsmitglieder. Eine Betriebsordnung, deren Befolgung in das Belieben jedes einzelnen Mitarbeiters gestellt wäre, kann ihre ordnende Funktion nicht erfüllen".

Wie kritisch eine solche wortlautbezogene Interpretation zu betrachten ist, wurde schon oben²⁾ ausgeführt. Insbesondere ergibt sich die Möglichkeit verbindliche Regeln aufzustellen, schon aus der Tatsache, daß der Tatbestand Thema einer Betriebsvereinbarung sein kann. Es ist deshalb anzunehmen, daß mit dem Wort "Ordnung" auch inhaltliche Vorstellungen verbunden worden sind.

Selbst wenn man, dem BAG folgend, unter Ordnung einen Kodex verpflichtender Regeln versteht, ist nicht ersichtlich, warum mit "Fragen der Ordnung des Betriebes" nur die Aufstellung dieser Ordnung gemeint sein soll, nicht aber andere Maßnahmen, die auf die Aufrechterhaltung dieser Ordnung zielen.³⁾

4.2.1.2. Begründung aus dem Bezug der Mitbestimmung auf das Direktionsrecht

Eine Beschränkung der Mitbestimmung auf die Begründung von Pflichten des Arbeitnehmers ergibt sich, wenn die Mitbestimmung bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des

1) v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des Betriebes

2) S. o. unter 3.1.2 (S. 50 ff)

3) Das BAG subsumierte in der Sicherheitswettbewerb-Entscheidung (v. 24.3.81/E 35,150) solche Maßnahmen unter das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb und umging damit die Konsequenz aus der früheren Entscheidung.

Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb lediglich eingeräumt wäre, um das Direktionsrecht zu beschränken. Da das Direktionsrecht ein Recht zur Gestaltung von Rechten und Pflichten der Arbeitnehmer ist, bedeutete das, daß das Mitbestimmungsrecht auch nur bei einer Pflichtenbegründung eingreifen kann.

Die Bedeutung des § 87 I Nr. 1 für das Direktionsrecht ist schon oben¹⁾ ausführlich behandelt worden. Wie dort ausgeführt sind die Mitbestimmungstatbestände einschließlich § 87 I Nr. 1 nicht auf die Ausübung des Direktionsrechts beschränkt. Das wurde insbesondere dadurch deutlich, daß in § 87 I auch eindeutig materielle Arbeitsbedingungen enthalten sind.

Damit ist auch eine Begründung der Beschränkung auf verpflichtende Maßnahmen aus dem Bezug der Mitbestimmung auf das Direktionsrecht nicht möglich.

4.2.1.3. Mitbestimmungsfreiheit nicht verpflichtender Maßnahmen wegen Fehlens eines Schutzbedürfnisses

Ein Argument für die Beschränkung der Mitbestimmung auf Verpflichtungen kann sein, daß die Arbeitnehmer bei den nicht verpflichtenden Maßnahmen wegen Fehlens einer Belastung nicht schutzbedürftig sind.

In Hinsicht auf dieses Argument ist zwischen bloßen Hinweisen und den ansonsten aufgeführten Maßnahmen zu unterscheiden. Auch wenn keine Pflichten der Arbeitnehmer erzeugt werden,

1) S. o. unter 3.4.2.1. (S. 80ff)

kann normativ auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmer eingewirkt werden. Verpflichtet sich der Arbeitgeber, ein in bestimmter Weise ausgefülltes Formular als Oberstunden-nachweis anzuerkennen¹⁾, so tritt eine Veränderung der Rechtslage ein, auch wenn keine Verpflichtung besteht, die Formulare auszufüllen.

Ebenso ist es, wenn der Arbeitgeber für ein bestimmtes Verhalten Prämien verspricht.²⁾ Dadurch wird eine Anspruchsgrundlage geschaffen. Es handelt sich um echte Rechtsetzung. Die Bezeichnung als nicht verbindlich, die in diesem Zusammenhang verwendet wird, ist insofern irreführend.

Zwar spricht gegen ein Schutzbedürfnis, daß bei diesen Fällen nur Rechte der Arbeitnehmer geschaffen werden. Diese Rechte sind aber an ein Verhalten gebunden. Es besteht die Gefahr, daß die Arbeitnehmer auf diese Weise zu einem Verhalten gebracht werden, zu dem eine Pflicht nicht vom Arbeitgeber allein begründet werden könnte. Dabei kann der faktische Druck so weit gehen, daß er einem rechtlichen Druck gleichzustellen ist.³⁾

In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, daß sich ein Belohnungssystem für die nicht belohnten Arbeitnehmer wie eine Bestrafung auswirkt. Die Nichtgewährung von Leistungen an einzelne wirkt sich praktisch nicht anders aus als der Entzug einer Leistung, die vom Prinzip her allen gewährt wird.⁴⁾ Die Berufung darauf, daß die Verhaltensbeeinflussung nur durch Einräumung von Rechten erfolge, erscheint in diesem Licht nur als formales Argument.

1) So im Fall BAG v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des Betriebes

2) So im Fall BAG v. 24.3.81/E 35,150

3) So war die Lage im Oberstundenachweis-Beschluß (BAG v. 9.12.80/Fn 1). Vgl. die entsprechende Kritik an dieser Entscheidung bei Wohlgemuth AuR 82,40.

4) BAG v. 29.5.64/E 16,58 (64f)
Schlüter-Belling SAE 82,206 (207)

Bei einer solchen Rechtsetzung besteht also immer ein Schutzbedürfnis, gleichgültig, ob sie Pflichten oder nur Rechte der Arbeitnehmer begründet.

Die Argumentation, es fehle ein Schutzbedürfnis, liegt vor allem bei bloßen Hinweisen nahe. Es ist nicht ersichtlich, welches Schutzbedürfnis bestehen soll, wenn der Arbeitgeber auf eine öffentlich-rechtliche Pflicht hinweist.¹⁾ Hier hat der Gesetzgeber schon bei Begründung der Pflicht die Interessen des Einzelnen gegen die Interessen der Allgemeinheit abgewogen. Ähnlich liegt es bei einem Hinweis auf eine bereits in der Arbeitsordnung statuierte Pflicht.²⁾ Auch hier wurde einem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer bereits bei der Begründung der Pflicht Rechnung getragen.

Gegen einen Ausschluß der Mitbestimmung allein aus diesem Grund spricht aber, daß die Bedeutung des Mitbestimmungsrechts nicht auf den Schutz der Arbeitnehmer beschränkt ist, sondern unabhängig von der Schutzbedürftigkeit im Einzelfall eine Teilhabe der Arbeitnehmer an sie betreffenden Entscheidungen bewirken soll. Selbst soweit tatsächlich ein Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer bei den genannten Fallgruppen fehlt, führt das also nicht zum Ausschluß der Mitbestimmung.

4.2.1.4. Historische Begründung

Als die Begründung für die Beschränkung auf verbindliche Anordnungen kann man die Verknüpfung der Formulierung des

1) Vgl. LAG Hamm v. 13.8.80/DB 81,851

2) Ein solcher Fall lag der Entscheidung des LAG Hamm v. 17.12.80/DB 81,1336 zugrunde. Das Gericht stützte seine Entscheidung, in der es die Mitbestimmung für die Bestätigung einer Geheimhaltungspflicht bejahte, darauf, daß die Arbeitnehmer sich in einer Erklärung erneut zur Einhaltung dieser Geheimhaltung verpflichten sollten.

§ 87 I Nr. 1 mit der Arbeitsordnung heranziehen. Für die Arbeitsordnung war gesetzlich eine verbindliche Wirkung vorgesehen (§ 134 c I GewO). Dies galt auch unter dem BRG 1920. Zusätzlich war, ebenso wie auch für die thematisch weitgehend gleichen allgemeinen Dienstvorschriften, die Beschränkung auf Rechtsetzung auch deshalb gegeben, weil sich die Mitbestimmung nur in der Form der Betriebsvereinbarung vollziehen konnte.¹⁾ Mitbestimmungspflichtig waren deshalb nur Maßnahmen, die einer Betriebsvereinbarung im Inhalt entsprachen.

Zunächst ist anzumerken, daß diese Argumentation ohnehin nur für die Maßnahmen gelten kann, die kein Recht setzen, also nicht für Maßnahmen, durch die Rechte der Arbeitnehmer geschaffen werden,

Aber auch für die Mitbestimmungsfreiheit dieser Maßnahmen gibt der Bezug auf die historische Arbeitsordnung nichts her. Die Bindung der Mitbestimmung an die Form der Betriebsvereinbarung ist entfallen. Die Mitbestimmung hängt nur noch vom Thema und von der kollektiven Betroffenheit ab. Diese grundlegende Wandlung bewirkt, daß der historische Bezug keine Begründung der Beschränkung liefern kann.

4.2.1.5. Begründung aus der Ermächtigungsfunktion der Mitbestimmungstatbestände

Ein weiterer Einwand gegen die Mitbestimmung bei nicht rechtsetzenden Maßnahmen könnte sich daraus ergeben, daß die Mitbestimmung grundsätzlich eine Ermächtigung zur

1) Adomeit Regelungsabrede, S. 19

Rechtsgestaltung enthält.

Zwar ist die Bindung der Mitbestimmung an die Betriebsvereinbarung entfallen, die Bedeutung der Betriebsvereinbarung für die Ausübung der Mitbestimmung besteht aber unbestritten fort. Die normativ wirkende Betriebsvereinbarung wird auch heute als Hauptinstrument der Mitbestimmung angesehen.¹⁾ Es könnte befremden, daß es Mitbestimmungstatbestände gibt, die mit diesem Instrument nicht zu bewältigen sind.

Es gibt aber im BetrVG eine ganze Reihe von Mitbestimmungstatbeständen, die sich für eine normativ wirkende Betriebsvereinbarung nicht eignen. Dazu gehören vor allem die organisatorischen Fragen wie die Sprechstunde des Betriebsrats (§ 39 I), die Sprechstunde der Jugendvertretung (§ 69), die Mitgliederzahl des Gesamtbetriebsrats (§ 47), die Mitgliederzahl des Konzernbetriebsrats (§ 55 IV) und die Mitgliederzahl der Gesamtjugendvertretung (§ 72 V).

Auch Auswahlrichtlinien nach § 95 II, bei denen ein echtes Mitbestimmungsrecht besteht, berechtigen den Betriebsrat nur zur Verweigerung der Zustimmung zu einer personellen Maßnahme (§ 99 II Nr. 2), sie schaffen aber keine individuellen Rechte der Arbeitnehmer. Sie können deshalb nicht als normativ wirkende Betriebsvereinbarung erlassen werden.²⁾

Im engeren Bereich des § 87 I gibt es ebenfalls Mitbestimmungstatbestände, die für eine normativ wirkende Betriebsvereinbarung nicht geeignet sind. So etwa die Mitbestimmung bei Form und Verwaltung einer Sozialeinrichtung (§ 87 Nr. 8).

-
- 1) Dietz-Richardi § 77 Rz 17
Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II, 2., S. 1251
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 5
- 2) Kraft in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 95 Rz 6f

Mitbestimmung und normativ wirkende Betriebsvereinbarung sind also keinesfalls in der Weise miteinander verknüpft, daß der Mitbestimmungstatbestand auf den möglichen Inhalt einer Betriebsvereinbarung beschränkt ist.

4.2.1.6. Begründung aus dem Bezug der Mitbestimmung auf Regelungen

Eine der wenigen Begründungen, die in der Rechtsprechung für den Ausschluß der Mitbestimmung bei einer der beschriebenen Fallgruppen gegeben werden, ist, daß es sich dabei um keine "Regelung" handle. Nach einem Beschluß des LAG Hamm¹⁾ muß eine unter § 87 I Nr. 1 fallende Maßnahme verpflichtende Wirkung haben, weil eine "unverbindliche Regelung in Wahrheit keine 'Regelung' darstellt, da es im Belieben des Arbeitnehmers steht, ob er ihr folgen will oder nicht".

Auch in der nächstinstanzlichen Entscheidung²⁾ klingt das an, wenn das BAG die Mitbestimmung davon abhängig macht, ob der Arbeitgeber "eine eigene Regelung treffen wollte".

Der Nachteil dieser Begründung ist, daß die Prämisse, es müsse sich stets um eine Regelung in dem dargestellten Sinne handeln, gerade nicht begründet wird. Dem Gesetz ist sie jedenfalls nicht ohne weiteres zu entnehmen. Bei dieser Begründung wird die Beschränkung der Mitbestimmung auf verbindliche Regeln aus dem Begriff der "Regelung" gewonnen, der aber im Gesetz gar nicht enthalten ist. Eine solche

1) v. 13.8.80/DB 81,851

2) v. 17.8.82/DB 82,2578

Ableitung ist aber nicht zulässig. Es müßte aus dem Gesetz selbst entnommen werden, daß Gegenstand der Mitbestimmung eine Regelung im Sinne dieser Entscheidung sein muß.

Schon oben¹⁾ wurde der Begriff der Regelung behandelt. Dort wurde deutlich gemacht, daß dieser Begriff entwickelt worden ist, um die Tätigkeit der Schlichtungsausschüsse und Schlichtungskammern nach der SchlVO 23 von der Tätigkeit der Gerichte abzugrenzen. Auch heute wird der Gegensatz von Rechts- und Regelungsfragen zur prinzipiellen, wenn auch im einzelnen nicht nahtlos durchgeführten, Unterscheidung der Aufgaben von Arbeitsgericht und Einigungsstelle herangezogen.²⁾ Da die Tätigkeit der Einigungsstelle darin besteht, an die Stelle von Arbeitgeber und Betriebsrat zu treten, liegt es nahe, auch im Bereich der Mitbestimmung von Regelung zu sprechen.

Der Begriff der Regelung wurde also als Gegenpol zur Rechtsstreitigkeit entwickelt. Während es bei der Rechtsstreitigkeit um die Anwendung von Rechtssätzen geht und, jedenfalls theoretisch, nur eine richtige Entscheidung getroffen werden kann, geht es bei der Regelungsstreitigkeit darum, eine unter mehreren möglichen Gestaltungen auszuwählen.³⁾

Da man also die Gegensätze in dieser Form entwickelt hat, ist nicht gesagt, daß unter Regelung auch stets eine Rechtsetzung zu verstehen ist.⁴⁾ Auf die traditionelle Zuordnung des Begriffs der Regelung zu den Mitbestimmungstatbeständen kann man sich also nicht stützen. Als Gegensatz zur Rechtsstreitigkeit kommt nämlich auch die Entscheidung für eine tatsächliche Gestaltung in Betracht, sofern nur die Möglichkeit unterschiedlicher Entscheidungen gegeben ist.

1) S. o. unter 4.1.1.4.1. (S. 118f)

2) Söllner FS BAG, S. 605 (606)

3) S. o. Fn 2

4) Gegen die Verbindung des Begriffs Regelung mit der Normschaffung spricht sich Böttcher FS Lent, S. 89 (90) aus.

Eine Begründung für die Beschränkung der Mitbestimmung auf verbindliche Maßnahmen läßt sich also weder aus dem Begriff der Regelung noch aus dem rechtlichen Zusammenhang, dem dieser Begriff entstammt, entwickeln.

4.2.1.7. Die Mitbestimmungsfreiheit der Durchsetzung bestehender Ansprüche

Während es bei Maßnahmen, die die tatsächliche und rechtliche Lage der Arbeitnehmer verändern, keine weitere Möglichkeit gibt, die Mitbestimmungsfreiheit zu begründen, ist für bloße Hinweise noch zu erwägen, ob sie nicht aus dem Gesichtspunkt der Zugehörigkeit zur Durchsetzung bereits bestehender Ansprüche mitbestimmungsfrei sind.

Bei der Durchsetzung von Ansprüchen besteht keine Mitbestimmung. Das gilt auch dann, wenn die Begründung der Verpflichtung mitbestimmungspflichtig war. Die erforderlichen Filter werden bei der Pflichtenbegründung vorgeschaltet.

Die Möglichkeit des Hinweises gehört wie Abmahnung und Leistungsklage zu den rechtlichen Mitteln der Durchsetzung eines Anspruchs. Hiermit wird sichergestellt, daß der Schuldner das Bestehen der Schuld nicht vergißt oder nicht zu der Überzeugung gelangt, der Gläubiger habe es vergessen. Es kann damit auch die Verwirkung eines Anspruchs verhindert werden. Diesen Inhalt hat auch die Abmahnung. Bei ihr kommt noch hinzu, daß auf der Erfüllung dieser Pflicht bestanden wird und daß die Kündigung angedroht wird. Bei der Leistungsklage wird sogar gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen, um dies durchzusetzen.

Die Verwandtschaft dieser rechtlichen Mittel ist deutlich. Deshalb muß der Hinweis auch in Bezug auf die Mitbestimmung diesen Mitteln gleichgestellt werden. Das ist auch erforderlich, um zu verhindern, daß der Arbeitgeber sogleich das schärfere, einfacher zu handhabende Mittel ergreift.

Diese Argumentation trägt aber nur bei dem Hinweis auf Pflichten, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber hat, die der Arbeitgeber also auch durchsetzen könnte. Will der Arbeitgeber die Arbeitnehmer hinsichtlich der Erfüllung von sonstigen Pflichten beeinflussen, so ist dies mitbestimmungspflichtig, soweit das erstrebte Verhalten unter § 87 I Nr. 1 fällt.

Hier taucht dann das Problem auf, was als Hinweis zu verstehen ist. Unproblematisch liegt ein Hinweis vor, wenn eine bestehende Vorschrift bloß wiederholt wird. Schwieriger ist der Fall, wenn auf eine geschriebene allgemeine Pflicht in konkreter Form hingewiesen wird. Dieses Problem ist im Bereich des öffentlichen Dienstes hinsichtlich § 8 I BAT aufgetaucht. § 8 I S. 1 BAT beinhaltet die Verpflichtung, "sich so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird". Das BAG wertete ein Verbot an Lehrer, im Unterricht eine Anti-Atomkraft-Plakette zu tragen, als bloßen Hinweis auf diese Bestimmung.¹⁾ Es unterlag deshalb auch nicht der Mitbestimmung nach § 86 I PersVG Hamburg²⁾, der Mitbestimmung bei der "Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens ihrer Angehörigen des öffentlichen Dienstes" vorsieht. Dasselbe Problem kann sich auch außerhalb des öffentlichen Dienstes ergeben.

Ähnlich liegt die Problematik bei Hinweisen auf ungeschriebene Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. So hat das LAG Frankfurt, ebenfalls zum Personalvertretungsrecht ausgeführt,

1) v. 2.3.82/DB 82,2142 (2142)

2) v. 16.1.79

eine Bekleidungs Vorschrift sei mitbestimmungsfrei, soweit sie nur die vertragliche Pflicht, ordentlich zum Dienst zu kommen, wiederhole.¹⁾

Im ersten Fall schließt der Hinweis eine Norminterpretation ein, im zweiten die Auslegung eines Vertrages. Das BAG weist daraufhin, daß das Bestehen einer Pflicht auf Grund einer allgemeinen Vorschrift voll nachprüfbar ist.²⁾ Es geht auch bei allgemeinen Vorschriften nicht darum, eine Regelung zu treffen, sondern es wird eine Norm angewendet.

Überzeugender erscheint der Hinweis darauf, daß die Gesetz- oder Tarifnorm bewußt allgemein formuliert worden ist, regelmäßig, um eine Vielzahl von Fällen zu erfassen. Die Schutzinteressen der Arbeitnehmer sind schon bei der Abfassung der Norm berücksichtigt.

Anders ist dies bei den ungeschriebenen Vertragspflichten. Diese Pflichten sind zunächst nicht kollektivrechtlich, sondern individualvertraglich begründet. Da sie zunächst unausgesprochen sind, haben sie auch nur jeweils einen Adressaten, den jeweiligen Vertragspartner. Sobald aber ein Hinweis erfolgt, der inzident die Feststellung enthält, es handele sich um eine überindividuelle Verpflichtung, verändert sich der Charakter der Pflicht. Es handelt sich dann um eine kollektive Angelegenheit. Diese Veränderung des Charakters der Verpflichtung bewirkt, daß ein bloßer Hinweis auf eine ungeschriebene Pflicht aus dem Arbeitsvertrag nur als Einzelmaßnahme erfolgen kann, so daß das Problem der Mitbestimmung nur in diesen Fällen nicht auftaucht. Ansonsten liegt gar kein Hinweis vor.

1) v. 22.8.66/DB 67,251

2) v. 2.3.82/DB 82,2142 (2142)

Im Zusammenhang mit der Entscheidung des BAG v. 17.8.82¹⁾ drängt sich allerdings noch ein weiteres Problem auf. Das BAG ließ in seiner Entscheidung nämlich offen, ob die Pflicht, auf die der Arbeitgeber hinwies, tatsächlich bestand. Es sollte also nur auf den durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt der Erklärung, nicht aber auf die tatsächliche Pflichtensituation ankommen.

Die Konstellation, daß die Erklärung des Arbeitgebers und die tatsächliche Situation auseinanderfallen, ist in zweifacher Weise möglich. Einmal kann der Inhalt der Erklärung des Arbeitgebers den Hinweis auf eine Pflicht beinhalten, die tatsächlich nicht besteht; die andere Möglichkeit ist, daß in der Erklärung der Wille zur Pflichtenbegründung zum Ausdruck kommt, tatsächlich aber nur auf eine bereits bestehende Pflicht hingewiesen wird.

Dabei ist der zweite Fall deswegen unproblematisch, weil das Ergebnis in jedem Falle bleibt, daß die Pflicht besteht. Stellt man nämlich maßgeblich auf den Inhalt der Erklärung ab und nimmt deshalb Mitbestimmungspflicht der Anweisung an, so ist die Arbeitgeberweisung zwar unwirksam, die zugrundeliegende Pflicht besteht aber weiterhin.

Schwieriger ist die Frage im ersten Fall zu beantworten. Durch einen Hinweis auf eine nicht bestehende Pflicht kann keine Pflicht erzeugt werden. Es handelt sich lediglich um die Äußerung einer falschen Rechtsansicht, nicht einmal um Rechtsanwendung. Es erscheint zunächst befremdlich, die Äußerung falscher Rechtsansichten der Mitbestimmung zu unterwerfen.

Es ist aber zu beachten, daß in der Erzeugung des Anscheins von Pflichten eine bedeutsame Verhaltensbeeinflussung liegt.

1) DB 82,2578

Handelt es sich um ein Verhalten, daß an sich nur durch eine mitbestimmungspflichtige Anordnung erreicht werden kann, so darf diese Mitbestimmung nicht dadurch umgangen werden, daß der Arbeitgeber seiner Erklärung den Inhalt eines Hinweises gibt, wobei es auf den guten Glauben des Arbeitgebers wegen der gleichermaßen gegebenen Verhaltensbeeinflussung nicht ankommen kann.

4.2.2. Folgerung

Die Zugehörigkeit einer Maßnahme zu einer der oben aufgeführten Fallgruppen führt nicht in jedem Fall zum Ausschluß der Mitbestimmung.

- Die Mitbestimmung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Maßnahme keine Verhaltenspflicht der Arbeitnehmer erzeugt.
- Die Mitbestimmung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Maßnahme keine Rechtsetzung beinhaltet.

Hinweise auf Pflichten die im Gesetz, in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Einzelarbeitsvertrag niedergelegt sind, sind mitbestimmungsfrei, sofern der Arbeitgeber die Erfüllung dieser Pflichten durchsetzen könnte.

4.3. Mitbestimmung und nicht aus dem Arbeitsvertrag abgeleitete Rechte des Arbeitgebers

Während allgemein darüber Einigkeit besteht, daß sich die Mitbestimmung auf die Ausübung des Direktionsrechts bezieht, ist die Lage bei anderen Rechten des Arbeitgebers nicht so eindeutig. Der Arbeitgeber hat regelmäßig eine Reihe von Rechten, die nicht aus dem Arbeitsvertrag abgeleitet sind, die er also auch gegen Nicht-Arbeitnehmer geltend machen könnte.

4.3.1 Mit dem Mitbestimmungsrecht kollidierende Rechte des Arbeitgebers

Als mit der Mitbestimmung kollidierende Rechte des Arbeitgebers werden das Eigentum¹⁾, das Hausrecht²⁾ und Rechte aus Sachherrschaft³⁾ genannt. Gemeinsam haben diese Rechte, daß sie nicht nur den Arbeitnehmern gegenüber, sondern auch gegenüber jedem Dritten geltend gemacht werden können.

Als Beispiele werden die Benutzung von Diensttelefonen zu Privatzwecken⁴⁾, der Anschluß elektrischer Geräte an die Stromquellen des Betriebes⁵⁾, die Benutzung von Dienst-

-
- 1) Dietz-Richardi § 87 Rz 150
Gumpert BB 61,1380
Hessel DB 53,801 (801)
Lappe ArbRGw 16,55 (57)
Maass DB 65,144 (147)
Stege-Weinspach § 87 Rz 49
Zöllner DB 57,117 (118)

- 2) Galperin FS Schmitz, S. 55 (58)
Hessel DB 53,801 (801)
Koch Arbeitsordnung, S. 84
Neumann-Duesberg S. 484

- 3) Dietz-Richardi § 87 Rz 150
Galperin FS Schmitz, S. 55 (58)
Neumann-Duesberg S. 484
Nikisch III, S. 413

- 4) Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 102

- 5) S. o. Fn 4

wagen¹⁾ und auch das Tragen von Pfennigabsätzen²⁾ erwähnt.

4.3.1.1. Meinungsstand

Die Frage, ob Anweisungen, die sich auf diese Rechte stützen, der Mitbestimmung unterliegen, ist strittig.³⁾ Dabei wird von den Befürwortern der Mitbestimmung auf die Parallele zum Direktionsrecht⁴⁾ oder auf die Gefahr der Umgehung des Mitbestimmungsrechts⁵⁾ verwiesen.

Dagegen wird eingewandt, daß die Parallele zum Direktionsrecht nicht stimme. Während es beim Direktionsrecht um die

- 1) Dietz-Richardi § 87 Rz 152
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 102
- 2) Gumpert BB 61,1380
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 101
- 3) Bejahend: Dietz-Richardi § 87 Rz 150
v. Friesen DB 80,Beit. 1, S. 6
Galperin-Löwisch § 87 Rz 65 a
Gumpert BB 61,1380 (1380)
Lappe ArbRGgw 16,55 (57)
Zöllner DB 57,117 (118)
Eine Ausnahme soll nach Dietz-Richardi (a.a.O.) und Zöllner (a.a.O.) bei Existenzgefährdung bestehen.
Verneinend: Hessel DB 53,801 (801)
Maass DB 65, 144 (147)
Neumann-Duesberg S. 484
Nikisch III, S. 413
Steger-Weinspach § 87 Rz 49
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 100
Galperin FS Schmitz, S. 55 (59) will im Einzelfall danach unterscheiden, ob der Gesichtspunkt der Sachherrschaft oder der Gesichtspunkt des Verhaltens der Arbeitnehmer überwiegt.
- 4) Dietz-Richardi 5. Aufl. § 87 Rz 110
- 5) Gumpert BB 61,1380

Gestaltung von Pflichten gehe, würden bei diesen Anordnungen bereits bestehende Pflichten abgerufen, mit anderen Worten, es werde ein Anspruch geltend gemacht.¹⁾

4.3.1.2. Bestimmung der mit dem Mitbestimmungsrecht kollidierenden Rechte

Um die Mitbestimmung bei der Ausübung der genannten Rechte überprüfen zu können, ist zumindest für einen Teil dieser Rechte eine nähere Bestimmung notwendig. Während sich nämlich die aus dem Eigentum fließenden Rechte aus dem Gesetz ausdrücklich ergeben, ist das für die Sachherrschaft und das Hausrecht nicht der Fall.

4.3.1.2.1. Bestimmung des Hausrechts

Im BGB ist ein "Hausrecht" nicht niedergelegt. Es handelt sich um einen Oberbegriff über Befugnisse, die aus ganz unterschiedlichen Quellen entspringen. Nach Ansicht des BGH²⁾ handelt es sich um Befugnisse, "die der Hauseigentümer oder der über einen Raum Verfügungsberechtigte auf Grund seines Eigentums- oder Gebrauchsrechts vornehmlich gegenüber Außenstehenden hat". Wir finden hier also eine Verweisung auf vielfältige Befugnisse.

Den Begriff Hausrecht können wir also immer erst dann anwenden, wenn wir nachgewiesen haben, daß die unter diesem Begriff zusammengefaßten Befugnisse rechtlich gleich zu behandeln sind.

1) Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 100
Wittke Mitbestimmung, S. 54

2) v. 11.11.65/BGHZ 44,245 (251)

Im StGB ist das Hausrecht zwar nicht erwähnt, es ist aber als von § 123 StGB geschütztes Rechtsgut anerkannt.¹⁾ Im Zivilrecht kann dieses strafrechtliche Rechtsgut im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 II BGB i. V. m. § 123 StGB sowie im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs Bedeutung erlangen.

Im einzelnen ist ungeklärt, was sich unter dem Rechtsgut Hausrecht verbirgt.²⁾ Klar ist lediglich, daß es wiederum kein ursprüngliches Recht ist, sondern daß es auf anderweitig begründeten Befugnissen beruht, denn derjenige ist Inhaber des Hausrechts, der die Befugnis hat, andere vom Betreten der geschützten Räume abzuhalten.³⁾

Zur Feststellung eines Hausrechts bedarf es also auch hier des Zurückgehens auf andere Rechtsquellen. Über die Einschränkungbarkeit des Hausrechts können wir hier keine Erkenntnisse gewinnen.

Auch im GG wird das Hausrecht von Privatpersonen nicht ausdrücklich genannt.⁴⁾ Jedoch wird in Art 13 I GG die Unverletzlichkeit der Wohnung garantiert. Dieser Schutz erstreckt sich nach allgemeiner Auffassung auch auf gewerbliche Räume, soweit sie nicht allgemein zugänglich sind.⁵⁾ Dieses geschützte Recht wird manchmal, besonders in arbeitsrechtlichen Zusammenhang, als Hausrecht bezeichnet.⁶⁾

1) Lenckner in Schönke-Schröder StGB Komm. § 123 Rz 1
Schäfer in LK z. StGB § 123 Rz 1

2) Schall Schutzfunktionen, S. 30ff

3) Lenckner in Schönke-Schröder StGB Komm. § 123 Rz 16
Hanack JuS 64,352 (353)

4) Das in Art 40 II GG vorgesehene Hausrecht des Bundestagspräsidenten im Bundestagsgebäude regelt, wer die Befugnisse des Gebäudeeigentümers ausüben soll (Maunz in Maunz-Dürig Komm. GG Art 40 Rz 24).

5) BVerfG v. 13.10.71/E 32,54 (54)
Maunz in Maunz-Dürig Komm. z. GG Art 13 Rz 8

6) BAG v. 14.2.67/E 19,217 (225)
BAG v. 14.2.78/E 30,122 (128f)

Andere Bezeichnungen kommen aber häufiger vor, insbesondere in Anlehnung an den Wortlaut Grundrecht der "Unverletzlichkeit der Wohnung".¹⁾ Dabei soll Unverletzlichkeit bedeuten, daß niemand in die räumliche Individualsphäre gegen den Willen des Berechtigten eindringen darf, wobei entsprechend der h. M., die von einer nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen ausgeht, häufig noch betont wird, daß sich dieses Ausschließungsrecht auf die Träger von Staatsgewalt bezieht.²⁾

Selbst wenn man eine direkte Wirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen annimmt, so ist hier eine Kollision mit der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 kaum möglich. Stoßrichtung dieses Rechts ist nämlich die Ausschließung anderer Personen. Über das Recht zur Ausschließung von der Betriebsstätte hat aber der Arbeitgeber mit Abschluß des Arbeitsvertrages schon disponiert.

Eine Kollision dieses Grundrechts mit dem Mitbestimmungsrecht kann sich nur ergeben, wenn man das Grundrecht auf die Festlegung von Bedingungen, unter denen die geschützten Räume betreten werden dürfen, erstreckt. Man kann argumentieren, wer befugt sei, andere Personen ganz vom Betreten der Räume abzuhalten, sei auch befugt, festzulegen, unter welchen Bedingungen das Betreten geschehen kann. das heißt auch, Regeln über das Verhalten in den Räumen (Hausordnung) aufzustellen.³⁾

Nur wenn man das Grundrecht soweit erstreckt, kommt eine Kollision mit § 87 I Nr. 1 in Betracht. Wenn sich aber der Arbeitgeber durch den Arbeitsvertrag des Rechtes begeben

1) Pappermann in v. Münch GG Komm. Art 13
Schmidt-Bleibtreu GG Komm. Art 13 Rz 2
Bei Maunz in Maunz-Dürig Komm. z. GG Art 13 Rz 3 c
findet sich die Bezeichnung "Wohnungsfreiheit".

2) Pappermann in v. Münch GG Komm. Art 13 Rz 14

3) Birk Leitungsmacht, S. 29

hat, den Arbeitnehmer vom Betreten der Betriebsstätte abzuhalten, so hat es sich auch des Rechtes begeben, nachträglich Bedingungen für die Betretungserlaubnis zu setzen.

Allerdings gilt diese Argumentation nur für nachträgliche Bedingungen. Die Verknüpfung von Verhaltensanforderungen mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages erscheint danach als von Art 13 GG geschützt. Dies würde aber dazu führen, daß sich das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, das eine Individualsphäre der Grundrechtsträger begründen sollte, in ein Grundrecht zum Schutz von Herrschaftsrechten eines Einzelnen über andere Personen verwandeln würde. Darauf bezieht sich der Schutz des Art 13 aber nicht¹⁾, so daß die Einschränkung der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 unter diesem Gesichtspunkt nicht in Frage kommt.

Als Ergebnis ist also festzuhalten: Soweit eine Kollision eines als Hausrecht bezeichneten Rechts mit dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 in Frage kommt, handelt es sich dabei nicht um ein klar umrissenes gesetzliches Recht. Aus dem Begriff Hausrecht läßt sich weder auf die Quelle dieses Rechts schließen, noch läßt es sich daraus ermitteln, welche subjektiven Rechte derjenige geltend machen kann, der dieses Recht hat.²⁾ Es handelt sich vielmehr um eine Bezeichnung, unter der unterschiedliche Rechte zusammengefaßt werden. Für eine Überprüfung, ob die Mitbestimmung bei auf ein Hausrecht gestützten Maßnahmen besteht, ist deshalb nicht auf diesen Oberbegriff, sondern auf die Rechte abzustellen, aus denen das Hausrecht hergeleitet wird.

1) So für Art 14 GG Stein Staatsrecht, S. 163

2) Schlüter-Dudenbostel DB 74,2350 (2351)

4.3.1.2.2. Bestimmung der Sachherrschaft

Auch die Sachherrschaft ist als solche nicht geregelt. Sie ist in zwei Formen denkbar, nämlich als rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Sache.

Die rechtliche Herrschaftsgewalt beinhaltet insbesondere das Recht, beliebig mit der Sache zu verfahren und über sie zu verfügen. Ist mit Sachherrschaft die rechtliche Gewalt gemeint, so handelt es sich wiederum um einen Oberbegriff über unterschiedliche Rechte. Das umfassendste Herrschaftsrecht ist das Eigentum. Daneben gibt es aber noch eine Reihe von Teilherrschaftsrechten, die jeweils nur die Herrschaft über einen Teilaspekt des Eigentums ermöglichen, bei denen aber der Inhaber gegenüber Dritten dem Eigentümer gleichgestellt ist. Im hier behandelten Zusammenhang ist vor allem an ein Erbbaurecht (§§ 1012 BGB, 1 ErbbauVO), an einen Nießbrauch (§ 1030 BGB) und an ein Dauernutzungsrecht (§ 31 WEG) zu denken. Es ist nicht nötig, diese Rechte unter dem Etikett Sachherrschaft zu verstecken.

Die tatsächliche Sachherrschaft ist eine Umschreibung des Besitzes, wobei es allerdings zwei Ausnahmen gibt: einmal den Besitzdiener, der trotz tatsächlicher Sachherrschaft nicht Besitzer ist, zweitens den mittelbaren Besitzer, der, obwohl er nicht die tatsächliche Sachherrschaft hat, Besitzer ist. Aus der Sachherrschaft selbst lassen sich keinerlei Rechte herleiten, rechtlich geschützt ist nur der Besitz. Es ergibt daher wenig Sinn, auf die Sachherrschaft abzustellen.

Auch die Sachherrschaft ist damit nicht geeignet, irgendwelche Maßnahmen daraus herzuleiten. Damit kann auch nicht das Problem auftauchen, ob darauf gestützte Maßnahmen der

Mitbestimmung unterliegen. Auch hier ist auf die Rechte zurückzugehen, die sich hinter dem unklaren Begriff Sachherrschaft verbergen.

4.3.1.2.3. Ergebnis

Zu prüfen ist, ob die Ausübung von Rechten aus dem Eigentum, dinglichen Teilrechten und Besitz dem Mitbestimmungsrecht unterliegt. Da die Inhaber von den in Frage kommenden Teilherrschaftsrechten gegenüber Dritten dem Eigentümer gleichgestellt sind (§§ 1017 I BGB, 11 I 1 ErbbauVO, 1065 BGB, 34 II i. V. m. 31 III WEG), kann die Frage hier auf Anordnungen, die auf Eigentum oder Besitz gestützt sind, beschränkt werden.

4.3.2. Mitbestimmung bei Anordnungen, die auf das Eigentum gestützt werden

Das Eigentum ist zunächst ein grundgesetzlich geschütztes Recht. Es wäre zu klären, ob der Mitbestimmung ein Grundrecht des Eigentümers entgegensteht.

Ein Ausschluß der Mitbestimmung bei auf das Eigentum gestützten Maßnahmen wäre dann anzunehmen, wenn andernfalls in eine verfassungsrechtlich geschützte Position des Eigentümers eingegriffen würde. Der Ausschluß der Mitbestimmung wäre dann das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung.

Bei der Überprüfung einer Kollision mit Art 14 GG ist immer zu beachten, daß der Gesetzgeber Inhalt und Schranken dieses Rechts zu bestimmen hat (Art 14 I 2 GG). Das heißt indessen

nicht, daß jedes formell rechtmäßig zustandegekommene Gesetz auch verfassungsgemäß ist. Auch bei der Inhaltsbestimmung ist der grundlegende Gehalt der Eigentumsgarantie zu wahren und die Übereinstimmung mit anderen Verfassungsnormen zu beachten.¹⁾ Herbeizuführen ist eine Regelung, die Privatzweck und Sozialbindung des Eigentums verbindet. Dabei können dem Eigentümer Pflichten auferlegt werden, die je einschneidender sein dürfen desto wichtiger die soziale Funktion des vermögenswerten Rechts ist. So hat das BVerfG angenommen, daß die soziale Funktion des Wohnraums sehr groß ist und damit das Eigentum an Wohnraum einer starken Sozialbindung unterliegt.²⁾

Ähnliches kann auch über die vermögenswerten Rechte an einem Betrieb gesagt werden. Die soziale Funktion ergibt sich daraus, daß die materiellen und immateriellen Interessen einer Vielzahl von Menschen mit diesem Betrieb verknüpft sind. Sie sind zur Erhaltung ihrer Existenz gezwungen, mit diesen Rechten in eine enge Beziehung zu treten. Sie müssen sich z. B. in der Regel auf dem Betriebsgrundstück aufhalten und mit Betriebsmitteln arbeiten. Würde man hier die Sozialbindung vernachlässigen und nur auf die Verwirklichung des geschützten Rechts abstellen, so würde das nicht nur die Herrschaft über die geschützten Vermögenswerte, sondern auch über die damit arbeitenden Menschen bewirken. Soweit geht aber der Schutz des Eigentums nicht.³⁾

Die bloße Einräumung der Mitbestimmung stellt damit noch keinen Eingriff in das Recht aus Art 14 GG dar, jedoch hat die Einigungsstelle, wenn sie normsetzend tätig wird, bei der einzelnen Gestaltung das Recht aus Art 14 GG zu beachten.

1) BVerfG v. 23.4.74/E 37,132 (140)

2) S. o. Fn 1

3) Stein Staatsrecht, S. 163

Fraglich bleibt, wieweit der Betriebsrat bei der Ausübung der einfach gesetzlich begründeten Rechte aus dem Eigentum zu beteiligen ist.

Im BGB sind dem Eigentümer zur Sicherung seiner Stellung eine Reihe von Ansprüchen verliehen worden. Dazu gehören insbesondere der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB und der Entstörungsanspruch aus § 1004 I BGB. Heute ist auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch anerkannt, der auf § 1004 I gestützt wird. Im laufenden Arbeitsverhältnis stellt sich die Geltendmachung dieser Ansprüche als Aufstellung von Regeln über das Verfahren mit den im Eigentum des Arbeitgebers stehenden beweglichen und unbeweglichen Sachen dar. Damit stellt der Arbeitgeber klar, was er als Störung seines Eigentums ansieht.

Die Erstreckung der Mitbestimmung auf diese Verfahrensregeln wird mit der Ähnlichkeit zum Direktionsrecht oder mit Umgehungsgefahr begründet.¹⁾ Beide Begründungen setzen voraus, daß die Einbeziehung solcher Maßnahmen einer Begründung bedarf, die über die Subsumierbarkeit der Maßnahme unter den Tatbestand des § 87 I Nr. 1 hinausgeht. Das ist aber nicht der Fall. Hat eine Maßnahme Betriebsbezug im oben²⁾ geschilderten Sinn, regelt sie also aus der Einbeziehung des Arbeitnehmers in den Betrieb resultierende Probleme, so ist nicht ihre Einbeziehung nachzuweisen, sondern, es ist zu fragen, ob für die Fallgruppe eine Restriktion des Tatbestandes angebracht ist. Zu überprüfen sind deshalb nur die Begründungen, die zu einem Ausschluß der Mitbestimmung bei solchen Maßnahmen führen würden.

Kehrt man das Argument, Maßnahmen aus Eigentum seien der Ausübung des Direktionsrechts ähnlich, um, so hat man die

1) S. o. S. 149

2) S. o. S. 84ff

Feststellung, daß es sich bei diesen Maßnahmen nicht um die Ausübung des Direktionsrechts handelt. Das führt zu der schon mehrfach behandelten Frage, ob der Mitbestimmungstatbestand grundsätzlich auf Fragen des Direktionsrechts beschränkt ist. Dies ist aber, wie oben¹⁾ ausgeführt, nicht der Fall.²⁾

Der Ausschluß dieser Maßnahmen aus der Mitbestimmung wird auch damit begründet, daß es sich lediglich um einen Abruf bestehender Ansprüche handele.³⁾ Daß die Durchsetzung von bestehenden konkretisierten Ansprüchen in allen Stadien, begonnen mit dem bloßen Hinweis bis zur Inanspruchnahme eines Gerichts, mitbestimmungsfrei ist, wurde schon oben⁴⁾ erläutert. Handelte es sich bei den auf Eigentum gestützten Verhaltensregeln lediglich um die Geltendmachung von Ansprüchen, so wäre hier in der Tat kein Raum für Mitbestimmung.

Es ist aber nicht unbedenklich, solche Anordnungen als einfachen Abruf von Ansprüchen zu qualifizieren. Den oben angeführten Rechten aus Eigentum können nämlich jeweils Rechte der Arbeitnehmer entgegenstehen. So kann gegenüber dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ein Recht zum Besitz geltend gemacht werden (§ 986 BGB). Ein Entstörungsanspruch (§ 1004 I BGB), oder ein Unterlassungsanspruch, der auf das Unterlassen einer bevorstehenden Störung gerichtet ist (§ 1004 I BGB) bestehen dann nicht, wenn der Eigentümer eine Duldungspflicht hat.

Der Arbeitsvertrag verleiht dem Arbeitnehmer regelmäßig auch solche Einwendungen. Zwar kann die Einwendung aus § 986 im Arbeitsverhältnis selten zum Zuge kommen. Der

1) S. o. S. 80ff

2) Die Frage, wieweit man solche Anordnungen auch zum Direktionsrecht rechnen kann, ist in unserem Zusammenhang deshalb nur terminologisch. Eine Erörterung ist nicht erforderlich.

3) S. o. S. 150

4) S. o. S. 143ff

Arbeitnehmer ist regelmäßig Besitztziener (vgl. § 855 BGB). Ihm gegenüber besteht also der Anspruch aus § 985 BGB nicht. Dieser Herausgabeanspruch ist nicht erforderlich, weil der Besitztziener den Weisungen in Bezug auf die Sache schon aus einem anderen Rechtsgrund Folge leisten muß. Hier wird also auf die Rechte aus dem Arbeitsvertrag verwiesen.

Anders ist es mit der Einwendung aus § 1004 II BGB. Es ist deutlich, daß der Arbeitsvertrag auch Duldungspflichten begründet. Da der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag nach heute h. M. einen echten Beschäftigungsanspruch hat,¹⁾ ist mit dem Arbeitsvertrag notwendig verbunden, daß der Arbeitnehmer das Betriebsgelände betreten und mit Betriebsanlagen und Betriebsmitteln umgehen kann.

Wenn man also annimmt, es würden nur Ansprüche abgerufen, so muß man hier die Duldungspflichten des Eigentümers berücksichtigen, die zum Ausschluß des Anspruchs führen können.

Die Duldungspflicht des Arbeitgebers kann einem großen Teil der Anordnungen, die auf das Eigentum gestützt werden könnten, entgegenstehen. Welchen Ansprüchen aus dem Eigentum sie aber im einzelnen entgegensteht, ist nur mit Hilfe des Arbeitsvertrages zu ermitteln, der konkretisierungsbedürftig ist. Mithin sind die Rechte des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag und aus dem Eigentum nicht ohne weiteres zu trennen. Die auf das Eigentum gestützten Anordnungen können auch Konkretisierungen der arbeitsvertraglichen Duldungspflicht sein. Dann sind sie aber kein bloßer Abruf von Ansprüchen.

Ein bloßer Abruf von Ansprüchen kommt nur dann in Betracht,

1) BAG v. 10.11.55/E 2,221 (224)
BAG v. 19.8.76/E 28,168 (172)

wenn das geforderte Verhalten eindeutig nicht mehr von der vertraglichen Duldungspflicht umfaßt sein kann. Dann liegt keine Konkretisierung des Arbeitsvertrages vor.

Zum Verhalten, das eindeutig nicht von der Duldungspflicht erfaßt wird, gehören Eingriffe in die Substanz von Betriebsmitteln und Betriebsanlagen (z. B. Nägel in die Wand schlagen), soweit nicht die Zerstörung der Substanz zu ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch gehört (Seife, Papierhandtücher), dann liegt auch im Zur-Verfügung-Stellen bereits die Begründung einer Duldungspflicht.

Schwierig ist es, wenn der Eingriff in die Substanz durch die Art und Weise einer an sich erlaubten Benutzung herbeigeführt wird (Druckstellen im Linoleum durch Pfennigabsätze, Spuren durch das Öffnen von Türen mittels Fußtritten) und damit Nebeneffekt einer zu duldenden Handlung ist. Hier ist der Eingriff in die Substanz lediglich die graduelle Steigerung der üblichen Abnutzungsschäden. Diese Steigerung führt angesichts der Verknüpfung mit einer eindeutig zu duldenden Handlung (Betreten, Türöffnen) nicht dazu, daß eindeutig keine Duldungspflicht besteht. Es ist noch Raum zur Konkretisierung gegeben.¹⁾

Werden Betriebsmittel und Betriebsanlagen nur benutzt, ohne daß in die Substanz eingegriffen wird, so läßt sich eine solche Eindeutigkeit in Bezug auf die Duldung nicht feststellen.

Die Mitbestimmungspflicht bei einigen der Beispielsfälle, bei denen keine Substanzverletzung vorliegt, ist aber dennoch problematisch. Zwar ergibt sich die Problematik nicht

1) Wird eine solche Konkretisierung durch die Einigungsstelle vorgenommen, so ist die Schadensnähe ein ganz wesentlicher Punkt für die Abwägung der Interessen.

daraus, daß es sich um den Abruf konkreter Ansprüche handelt, die Mitbestimmungspflicht ist aber aus einem anderen Grund zweifelhaft.

Einige der oben angesprochenen Regelungen stellen sich nämlich, wenn es um die Einführung geht, als vermögenswerte Zuwendung dar. Das gilt vor allem für die private Nutzung von Arbeitgebereigentum (Dienstwagen, Werkzeug).

Es ist zwar anerkannt, daß die Mitbestimmung auch Kosten verursachen darf¹⁾, sie ist aber nicht dazu bestimmt, den Arbeitnehmern direkt geldwerte Vorteile zu verschaffen. So ist zu § 87 I Nr. 8²⁾, 9³⁾ und 10,11⁴⁾ die Lehre entwickelt worden, daß der Arbeitgeber zunächst allein entscheidet, welche Summe für die nicht vertraglich geschuldeten Leistungen zur Verfügung gestellt wird. Die Einführung eines betrieblichen Vorschlagswesens unterwarf das BAG nur deshalb der Mitbestimmung, weil zur Vergütung von nutzbaren Vorschlägen ohnehin eine Verpflichtung besteht, also keine freiwillige Leistung vorliegt.⁵⁾ Die Höhe der Prämie bleibt aber mitbestimmungsfrei.

Diese Unterscheidung zwischen der Erbringung der Leistung durch den Arbeitgeber und der Ausgestaltung läßt sich auch für die Fälle der privaten Nutzung von Arbeitgebereigentum fruchtbar machen. Der Betriebsrat kann nicht erzwingen, daß der Arbeitgeber sein Eigentum zu privater Nutzung zur

1) BAG v. 28.4.81/E 35,205 (214)

2) BAG v. 13.7.78/E 31,11 (15)

3) BAG v. 13.3.73/E 25,93 (98)

4) BAG v. 8.12.81/AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72 Prämie

5) v. 28.4.81/E 35,205 (213)

Verfügung stellt, er hat aber bei Benutzungsregeln ein Mitbestimmungsrecht. Daher kann er auch, wenn er keiner Ausgestaltung der Benutzung zustimmt, diese Maßnahme ganz verhindern.

4.3.3. Mitbestimmung bei Anordnungen, die auf Besitz gestützt werden

Der Besitzer kann von Dritten die Wiedereinräumung des Besitzes (§ 861 BGB) oder die Beseitigung einer Störung (§ 862 I 1 BGB) oder die Unterlassung drohender Störungen (§ 862 I 2 BGB) verlangen.

Zu § 861 BGB kann an das zu § 985 BGB Gesagte erinnert werden. Auch dieser Anspruch kann nur gegenüber einem Besitzer geltend gemacht werden und besteht daher nur in seltenen Fällen im Arbeitsverhältnis. Er kann nur bestehen, wenn dem Arbeitnehmer ausnahmsweise Besitz eingeräumt ist oder wenn der Arbeitnehmer sich zum Besitzer aufgeschwungen hat, indem er erkennbar nicht mehr für den Arbeitgeber besitzt. Eine generelle Anordnung, die sich auf die Durchsetzung dieses Anspruchs bezieht, wird immer eine Ankündigung sein, unter welchen Umständen dieser Anspruch geltend gemacht wird. Eine solche Ankündigung ist mitbestimmungsfrei, wenn dieser Anspruch tatsächlich besteht.

Schwieriger ist die Frage bei § 862 BGB. Gegenüber diesem Anspruch können vertragliche Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Auch ist die verbotene Eigenmacht nur bei gesetzlicher, nicht aber bei vertraglicher Gestattung ausgeschlossen (§ 858 I BGB). Hier könnte also eine bloße Durchsetzung von Ansprüchen vorliegen, der keine weitere Konkretisierung voranzugehen braucht.

Es ist aber befremdlich, allgemeine Anordnungen als Geltendmachung von Besitzschutzansprüchen anzusehen. Dies entspricht nicht der Funktion des Besitzschutzes. Die Bedeutung des Besitzschutzes liegt nämlich weniger in der Herstellung einer der materiellen Lage entsprechenden Situation als in einer schnellen Entscheidung zur Sicherung des Rechtsfriedens, wobei in Kauf genommen wird, daß dies nur vorläufig ist. Die Funktion, einen dauerhaften Zustand herzustellen, hat der Besitzschutz nicht.

Die Untauglichkeit der Besitzschutzansprüche als Grundlage für Anordnungen des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer ergibt sich aber noch aus einem weiteren Gesichtspunkt. Der Anspruchsgegner wäre nämlich der Besitzdiener, also eine Person, die den Weisungen der Besitzers in Bezug auf die Sache Folge zu leisten hat.

Für das Verhältnis von mittelbarem Besitzer und unmittelbarem Besitzer sind Besitzschutzansprüche nur dem unmittelbaren Besitzer eingeräumt. Es lag die Erwägung zugrunde, daß der mittelbare Besitzer gegen Übergriffe des unmittelbaren Besitzers bereits durch die schuldrechtlichen Beziehungen und die sich daraus ergebenden Ansprüche hinreichend geschützt ist.¹⁾

Auch unter Mitbesitzern ist der Besitzschutz beschränkt (§ 866 BGB), weil sich eine Besitzstörung hier nicht losgelöst von anderen Rechten überprüfen läßt.

Man kann daraus schließen, daß die vertraglichen Beziehungen auch im Recht des Besitzschutzes eine Rolle spielen sollen, wenn der Besitz auf mehrere Personen verteilt ist.

1) BGH v. 21.4.60/BGHZ 32,194 (205)

Daraus ergeben sich Zweifel auch hinsichtlich der Anwendung des Besitzschutzes zwischen Besitzdiener und unmittelbarem Besitzer. Hier ist zwar nicht der Besitz verteilt, aber im Grunde werden die Voraussetzungen des Besitzes in zwei Personen gemeinsam erfüllt. Für die Beziehung zwischen diesen Personen in Bezug auf die Sache ist, wie bei dem Verhältnis zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer, eine eigene Rechtsbeziehung gegeben. Der Schutz des unmittelbaren Besitzers gegen den Besitzdiener ist sogar noch umfassender, da hier nicht nur ein Rahmenvertrag für die Überlassung des Besitzes gegeben ist, sondern sogar die Befugnis zur einzelnen konkreten Weisung besteht.

Beide angeführten Gesichtspunkte verweisen darauf, daß bei generellen Regelungen, auch soweit sie auf Besitz gestützt werden, vertragliche Regelungen zu beachten sind. Das heißt auch hier muß von einer vertraglichen Duldungspflicht ausgegangen werden, die konkretisierungsbedürftig ist.

Dafür kann auf die Ausführungen zum Eigentum verwiesen werden, so daß Rechte aus Eigentum und Besitz bezüglich der Mitbestimmung gleichzustellen sind.

4.3.4. Folgerung

Die Mitbestimmung bei Anordnungen, die sich auf Eigentum oder Besitz stützen ist grundsätzlich gegeben.

Ausgeschlossen ist die Mitbestimmung, wenn es um die Einräumung des Rechts zur Nutzung der Sachen, die im Besitz oder Eigentum des Arbeitgebers stehen, geht. Verfahrensregeln sind auch dann mitbestimmungspflichtig, wenn die Leistung freiwillig ist. Mit Hilfe dieser Mitbestimmung kann die Leistung auch verhindert werden.

Ausgeschlossen ist die Mitbestimmung, wenn eine Substanzverletzung verboten wird, die nicht Nebeneffekt einer zu duldenden Benutzung ist.

4.4. Beschränkungen des Anwendungsbereichs durch Sonderregelungen

Ein Überblick über die Regelungen des § 87 I zeigt, daß für die zu § 87 I Nr. 1 genannten Themenkreise zum Teil Sonderregelungen bestehen. Deutlich ist das bei der Regelung des Arbeitsschutzes in § 87 I Nr. 7, der die Abwendung von Schäden von den Arbeitnehmern betrifft. Diese Materie ist früher § 56 I lit. f BetrVG 52 zugerechnet worden.¹⁾

Auch der Bereich des § 87 I Nr. 6 ist zumindest teilweise zur Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gerechnet worden, nämlich soweit er sich auf Verhaltenskontrollen bezieht.

Damit stellt sich die Frage, welchen Einfluß diese Sonderregeln auf die Anwendung des § 87 I Nr. 1 haben.

4.4.1. Die Sonderregelung für den Arbeitsschutz in § 87 I Nr. 7

Wieweit die Aufnahme des Tatbestandes des § 87 I Nr. 7 die Anwendung des § 87 I Nr. 1 beeinflußt, ist streitig. Es wird vertreten, daß Maßnahmen der Unfallverhütung nach § 87 I Nr. 1 nicht getroffen werden können.²⁾ Danach bleibt nur die Möglichkeit einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 Nr. 1, wenn eine Maßnahme nicht unter § 87 I Nr. 7 fällt. Dafür spricht, daß es sich bei § 87 I Nr. 7 um eine in Bezug auf den Unfallschutz speziellere Vorschrift handelt.

1) Galperin-Siebert 4. Aufl. § 56 Rz 70

2) Denck ZfA 76,447 (450)

Andere wollen § 87 I Nr. 1 auch im Bereich der Unfallverhütung anwenden.¹⁾

Eine Zwischenposition nehmen Schlüter-Belling ein. Danach soll die Statuierung von Verhaltenspflichten im Rahmen der Unfallverhütung nach § 87 I Nr. 7 zu bewerten sein. Dagegen sei die Anknüpfung von Rechtsfolgen an die Befolgung oder Nichtbefolgung dieser Verhaltenspflichten nach § 87 I Nr. 4 zu bewerten.²⁾

Das BAG hat sich im Sicherheitswettbewerb-Beschluß³⁾ mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Maßnahme, die der Unfallverhütung dient, aber nicht unter § 87 I Nr. 7 fällt, von § 87 I Nr. 1 erfaßt werden kann. Das BAG widerspricht zunächst der Annahme, eine Spezialregelung schließe zwingend die Anwendung der umfassenderen Vorschrift aus.⁴⁾ § 87 I Nr. 7 habe der Erweiterung der Mitbestimmung auf die Maßnahmen gedient, die dem Unfallschutz dienen sollten, aber nicht die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb berührten.⁵⁾

Diese Begründung ist nicht ganz überzeugend. Einmal ist der Gesetzgeber selbst von der Einführung eines neuen Tatbestandes ausgegangen, als er den Unfallschutz der Mitbestimmung unterstellte.⁶⁾

Auch hat das Argument, daß § 87 I Nr. 7 eine Spezialregelung darstellt, gerade bei einem so unbestimmten, konkretisierungs-

1) BAG v. 24.3.81/E 35,150 (157)

Brecht § 87 Rz 14

Dietz-Richardi § 87 Rz 141

Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 215

2) SAE 82,206 (207)

3) S. o. Fn 1

4) S. o. Fn 1, S. 157

5) S. o. Fn 1, S. 158

6) BT-DrS VI/1786, S. 49

bedürftigen Tatbestand wie § 87 I Nr. 1 ein großes Gewicht, denn hier muß noch mehr als bei anderen Vorschriften auf den Kontext der Norm zurückgegriffen werden.

Dennoch kann dem BAG insoweit gefolgt werden, daß die Sonderregelung des § 87 I Nr. 7 nicht bewirkt, daß alle Maßnahmen, die zum Zweck des Unfallschutzes getroffen werden, nunmehr nicht unter den Tatbestand des § 87 I Nr. 1 fallen. § 87 I Nr. 7 hat auch neben der Anwendung des § 87 I Nr. 1 auf Maßnahmen der Unfallverhütung noch Sinn, denn die speziellen Schranken des § 87 I Nr. 1 greifen bei § 87 I Nr. 7 nicht ein.¹⁾

Dennoch kann nicht außer acht gelassen werden, daß für den Arbeitsschutz nur eine Ausfüllungskompetenz vorgesehen ist. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Zusammenhang mit § 88 Nr. 1. Der Arbeitsschutz entfällt daher als Anknüpfungspunkt einer Regelung nach § 87 I Nr. 1. Jedoch werden damit nicht automatisch alle weiteren Anknüpfungspunkte ausgeschlossen. Ergibt sich der Betriebsbezug noch aus einem weiteren Gesichtspunkt, so wird die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 nicht berührt. Dieser Anknüpfungspunkt ist durch eine Sonderregelung nicht spezieller geregelt.

Durch die Sonderregelung entfällt also nicht die Anwendbarkeit des § 87 I Nr. 1, sondern ein Anknüpfungspunkt für die Anwendung des § 87 I Nr. 1. Vom Anknüpfungspunkt Schutz vor Schaden im Betrieb ist nur der Schutz der eingebrachten Sachen nicht in § 87 I Nr. 7 geregelt und ist damit weiterhin Grundlage für die Anwendung des § 87 I Nr. 1.

1) Denck ZfA 76,447 (450) für die arbeitsnotwendigen Maßnahmen

Wird den Arbeitnehmern ein bestimmtes Verhalten zu ihrem Schutz abverlangt, so kann zwar der Betriebsbezug, der im Schutz vor Gefahren im Betrieb besteht, nicht zur Anwendung des § 87 I Nr. 1 führen, aber derjenige, der durch die Tatsache bewirkt wird, daß es sich um ein Verhalten beim Aufenthalt im Betrieb handelt.

Diese Lösung ist auch deshalb geboten, weil nur mit ihrer Hilfe das Problem der Abgrenzung bewältigt werden kann. Es wäre nämlich bei einem absoluten Ausschluß des § 87 I Nr. 1 im Bereich des Arbeitsschutzes fraglich, wie man Verhaltensregeln zum Arbeitsschutz von anderen Verhaltensvorschriften Rauch- und Alkoholverbote, Bekleidungs- und Parkplatzordnung alle den Zweck haben, Arbeitsunfälle zu verhüten. Hier wird deutlich, daß der Ausschluß von Maßnahmen des Arbeitsschutzes aus dem Bereich des § 87 I Nr. 1 gar nicht konsequent durchgeführt werden kann, weil dies zu einer Aushöhlung des § 87 I Nr. 1 führen müßte.

Auch dem Gedanken des § 88 Nr. 1 kann Rechnung getragen werden. Die in § 88 aufgeführten Beispiele für Themen freiwilliger Betriebsvereinbarungen bringen den Gedanken zum Ausdruck, daß Regelungen freiwillig sind, die finanzielle Leistungen des Arbeitgebers verlangen, auf die kein Anspruch besteht. Dieser Gedanke ist aber auch im Bereich des § 87 I Nr. 1 wirksam.¹⁾

Im Ergebnis ist festzustellen, daß der Arbeitsschutz kein Anknüpfungspunkt für die Anwendung des § 87 I Nr. 1 ist. Die Anwendung des § 87 I Nr. 1 wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine verhaltensbezogene Maßnahme auch dem Arbeitsschutz dient.

1) S. o. S. 161f

4.4.2. Die Sonderregelung für technische Kontrollen in
§ 87 I Nr. 6

§ 87 I Nr. 6 räumt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen ein, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Auf die Zuordnung von Kontrollen zum Tatbestand des § 87 I Nr. 1 soll im einzelnen später eingegangen werden, die Tatsache, daß Kontrollen früher unter dem Gesichtspunkt des § 56 I lit. f BetrVG 52 beurteilt wurden¹⁾, deutet aber daraufhin, daß durch die Einführung des § 87 I Nr. 6 eine Einschränkung des § 87 I Nr. 1 gegenüber § 56 I lit. f BetrVG 52 erfolgt ist.

Außerdem sind beide Vorschriften auf das Verhalten der Arbeitnehmer bezogen. Es ist deshalb angezeigt, sich damit auseinanderzusetzen, wieweit die Einführung des § 87 I Nr. 6 den Anwendungsbereich des § 87 I Nr. 1 berührt.

Anders als bei § 87 I Nr. 7 wird bei Nr. 6 nicht erwogen, daß die Vorschrift über den eigenen Anwendungsbereich hinaus einen Einfluß auf die Reichweite des § 87 I Nr. 1 hat, etwa indem die Mitbestimmung bei anderen Kontrollen als den in § 87 I Nr. 6 genannten ausgeschlossen ist.

Die Reichweite wird lediglich dadurch beeinflusst, daß die spezielle Regelung, soweit sie anwendbar ist, die allgemeinere Norm ausschließt. In der Rechtsfolge ergeben sich aber für den Bereich, der früher § 56 I lit. f BetrVG 52 zugerechnet wurde und nunmehr unter § 87 I Nr. 6 zu

1) Galperin-Siebert 4. Aufl. § 56 Rz 70 a
Gaul B1StSozArbR 65,27
MonJau BB 64,887
Musa AuR 61,357 (359)

subsumieren ist, keine Änderungen.

Da angenommen wird, § 87 I Nr. 6 schließe in seinem Anwendungsbereich die Anwendung des § 87 I Nr. 1 aus¹⁾, ist also § 87 I Nr. 6 zu bestimmen, um die Grenze des § 87 I Nr. 1 zu ziehen. Soweit eine Überschneidung von § 87 I Nr. 1 und Nr. 6 in Frage kommt, ist das spezielle Merkmal des § 87 I Nr. 6 das Mittel, mit dem die Kontrolle vorgenommen wird. Man kann deshalb die Grenze des § 87 I Nr. 1 so bestimmen, daß technische Kontrollen ausgeschlossen sind.²⁾

Damit liegt die Problematik bei der Bestimmung, wann ein technisches Kontrollmittel eingesetzt wird.

Hierzu werden unterschiedliche Abgrenzungen vorgeschlagen. Einigkeit besteht noch über die Frage, wann eine technische Einrichtung zur Überwachung bestimmt ist. Es soll ausreichen, daß sie sich zur Überwachung eignet, auf die subjektive Zielsetzung des Arbeitgebers soll es dagegen nicht ankommen.³⁾

Strittig ist allerdings, wie der Einsatz der technischen Einrichtung erfolgen muß, damit man von einer Überwachung durch eine technische Einrichtung sprechen kann. Das BAG grenzt danach ab, ob die Überwachung "unmittelbar" erfolgt. Das heißt, die durch die Überwachungseinrichtung ermittelten Werte müssen ohne weitere Maßnahmen schon Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zulassen.⁴⁾

1) Ossberger Kontrollen, S. 102
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 201

2) Moll DB 82,1722 (1722)

3) BAG v. 9.9.75/E 27,256 (261)
Galperin-Löwisch § 87 Rz 145

4) BAG v. 9.9.75/E 27,256 (261f)
so auch Dietz-Richardi § 87 Rz 328

Das Kriterium der Unmittelbarkeit ist allerdings regelmäßig bedenklich, weil es noch einen breiten Entscheidungsspielraum beläßt.

Andrerseits wird festgestellt, ausschlaggebend für die Abgrenzung solle der Sinn der Norm sein. § 87 I Nr. 6 sollte einen verstärkten Persönlichkeitsschutz bewirken.¹⁾ Deshalb müsse auf die Auswirkung der Kontrolle für die Arbeitnehmer abgestellt werden.²⁾ Die Gefahren der technischen Kontrolle liegen vor allem in der Lückenlosigkeit der Informationen, der fehlenden Kommunikation zwischen Kontrollierendem und Kontrolliertem und der Lösung von Einzeltatsachen aus dem Zusammenhang.³⁾

Es ist, wenn man diesen Sinn bedenkt, nicht sachgemäß vor allem darauf abzustellen, wie die Kontrolldaten erhoben werden. Die Bestimmung, wann eine technische Kontrolle der Leistung oder des Verhaltens der Arbeitnehmer vorliegt, sollte vielmehr davon abhängig gemacht werden, ob die typischen Gefahren der technischen Kontrolle bestehen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß § 87 I Nr. 1 auf technische Kontrollen nicht anzuwenden ist. Technische Kontrollen liegen nicht nur dann vor, wenn Daten mittels technischer Einrichtungen erhoben werden, sie können vielmehr auch dann vorliegen, wenn die Auswertung mittels technischer Einrichtungen erfolgt.

1) BT-DrS VI/1786, S. 49

2) Dietz-Richardi § 87 Rz 324f
Schwarz DB 83,226 (228)

3) Schwarz DB 83,226 (227)

5. Zusammenfassung von Thema und Schranken des § 87 I Nr. 1
in Form eines Prüfungsschemas

- 1) Soweit § 87 I Nr. 6 eingreift, ist § 87 I Nr. 1 nicht anwendbar.
- 2) Von § 87 I Nr. 1 werden Maßnahmen erfaßt, die die Beziehung zwischen dem Betrieb und dem Arbeitnehmer betreffen. Dabei gibt es folgende Möglichkeiten:
 - a) Die Maßnahme betrifft das Verhalten während des Aufenthalts im Betrieb.
 - b) Die Maßnahme betrifft das Betreten und Verlassen des Betriebes.
 - c) Die Maßnahme betrifft ein Verhalten zur Verwaltungsvereinfachung.
 - d) Die Maßnahme betrifft den Schutz der eingebrachten Sachen des Arbeitnehmers.
 - e) Die Maßnahme betrifft ein Verhalten zum Schutz der Anlagen, Arbeitsmittel und immateriellen Güter, die zum Betrieb gehören.
- 3) Diese Maßnahmen sind aber dann mitbestimmungsfrei, wenn sie
 - a) den Arbeitsablauf, das Arbeitsverfahren und die Arbeitsmethode betreffen,
 - b) in einem Hinweis auf die Rechtslage bestehen,
 - c) das Verbot einer Verletzung der Substanz von Betriebsanlagen und Betriebsmitteln enthalten, die nicht Nebeneffekt einer erlaubten Benutzung ist,
 - d) darauf gerichtet sind, den Arbeitnehmern Leistungen zur Verfügung zu stellen, auf die kein Anspruch besteht.

3. Teil Die Mitbestimmungspflicht nach § 87 I Nr. 1
bei einzelnen typischen Regelungen aus
Arbeitsordnungen

1. Das Rauchverbot

Das Rauchverbot ist in den letzten Jahren nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten zu einem beliebten Thema geworden, war aber im Arbeitsrecht auch schon in früheren Jahren nicht unbeachtet.¹⁾ Auch in der Rechtsprechung tauchte die Thematik sowohl mit kollektivrechtlichem als auch mit individualrechtlichem Bezug auf.²⁾

Dabei wurden eine Reihe von Rechtsfragen in Zusammenhang mit dem Rauchverbot erörtert. In der Rechtsprechung ging es um die Fragen, ob ein Rauchverbot zulässig und eine auf eine Verletzung gestützte Kündigung wirksam ist, sowie darum, ob der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Erlaß eines Rauchverbotes hat.

In der Literatur ging es außer um die zuletzt genannte Frage vor allem um die Zulässigkeit eines Rauchverbots.

-
- 1) Ballschmiede AuR 57,248
Fuchs BB 77,299
Hoffmann-Walldorf RdA 55,63
Horneffer Arbeitsschutz 75,221
Löwisch DB 79, Beil. 1
Mummenhoff RdA 76,364
Schwarz AR-Blattei Rauchverbot I
Zöllner DB 57,117
Beiträge in Passivrauchen am Arbeitsplatz, Bestandsaufnahme und Analyse aus medizinischer und juristischer Sicht, 1978
- 2) ArbG Hannover v. 5.10.50/BB 51,364
LAG Hannover v. 23.1.52/BB 52,291
LAG Stuttgart v. 26.11.53/RdA 55,80
LAG Bayern v. 18.1.61/BB 61,1325
LAG Niedersachsen v. 17.8.66/ARSt 67,5
LAG Baden-Württemberg v. 9.12.77/DB 78,213
BAG BeschTuB (Vergleichsvorschlag) v. 24.10.79/DB 80,358

Zweifel an der Zulässigkeit wurden vor allem auf die Auffassung gestützt, daß ein Rauchverbot die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu sehr beschränke. Es läge dann ein Verstoß gegen § 75 II vor. Dieser Verstoß würde zur Nichtigkeit einer entsprechenden Betriebsvereinbarung führen.

Auch zu der hier interessierenden Frage, ob ein Rauchverbot mitbestimmungspflichtig ist, wird Stellung genommen. Die Frage ist aber nicht kontrovers. Allgemein wird die Mitbestimmungspflicht eines Rauchverbotes nach § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) angenommen.¹⁾

Dabei werden allerdings eine Reihe von Einschränkungen gemacht. In älterer Literatur werden zahlreiche Fälle genannt, in denen der Arbeitgeber ein Rauchverbot einseitig erlassen kann. Die Begründung für die Ausnahme von der Mitbestimmungspflicht ist nicht immer klar ersichtlich. Nach Ballschmiede²⁾ besteht die Möglichkeit eines einseitigen Erlasses, wenn es sich um eine Schutzvorschrift gegen gefährliche oder störende Einwirkungen auf die Arbeitsleistung und auf die Betriebsmittel handelt oder wenn eine Rechtspflicht zum Erlaß des Verbotes besteht. Als Beispiel nennt er den Fall, daß in Rechtsnormen ein Rauchverbot angeordnet ist. Hier handelt es sich in Wirklichkeit nicht um eine einseitige Anordnung des Arbeitgebers, sondern um einen Hinweis auf eine bestehende Rechtspflicht.

Andere Beispiele für zulässige einseitige Anordnungen sind dem Problem der Herausnahme arbeitsbezogener Maßnahmen zuzuordnen. So soll nach Ballschmiede ein Rauchverbot ange-

1) Ballschmiede AuR 57,248 (249)
Brecht § 87 Rz 13
Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fuchs BB 77,299 (301)
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a
Hoffmann-Walldorf RdA 55,63
Jäcker Einigungsstelle, S. 53
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 46
Löwisch DB 79, Beil. 1, S. 11
Mummenhoff RdA 76,364 (368)

2) AuR 57,248 (248)

ordnet werden dürfen, wenn die Arbeitnehmer durch Rauchen von der Arbeit abgehalten oder abgelenkt werden, wenn sich das Rauchen nachteilig auf das Arbeitserzeugnis auswirkt und wenn das Rauchen dritte Personen (insbes. Kunden) belästigt. Als weitere Beispiele nennt er das Bestehen von Brandgefahr und -ein Beispiel, das sonst nicht auftaucht,- eine dem Unternehmer vertraglich auferlegte Pflicht, ein Rauchverbot im Betrieb zu erlassen.

Hoffmann-Walldorf¹⁾ sieht eine Mitbestimmungspflicht bei einem Rauchverbot nur dann als gegeben an, wenn das Rauchen die Arbeitsleistung als solche nicht beeinträchtigt und eine Feuergefahr nicht zu erwarten ist.

In jüngerer Zeit kommt als Begründung für die Einschränkung vor allem eine Anknüpfung an die Problematik der arbeitsbezogenen Maßnahmen in Betracht. So wird eine Ausnahme von der Mitbestimmungspflicht bei "arbeitsnotwendigen" Rauchverboten²⁾ oder, wenn es sich um eine "notwendige Gestaltung"³⁾ der Arbeitspflicht handelt, gemacht. Dietz-Richardi⁴⁾ sehen die Möglichkeit eines einseitigen Verbots, wenn es mit Rücksicht auf die Arbeitsleistung erforderlich ist; Kammann-Hess-Schlochauer⁵⁾, wenn durch die Nichtbeachtung des Rauchverbots die Arbeitsleistung beeinträchtigt wird.

Das Thema Rauchen spielt in Arbeitsordnungen eine große Rolle. Alle mir bekannten Arbeitsordnungen befassen sich

1) RdA 55,63

2) Fuchs BB 77,299 (302)

3) Mummenhoff RdA 76,364 (368)

4) § 87 Rz 145

5) § 87 Rz 48

damit. Jedoch findet sich nirgends ein generelles Rauchverbot. Auch wo ein Rauchverbot ausgesprochen wird, wird auf Ausnahmeregelungen verwiesen. Ein Beispiel für diese Konstruktion ist folgende Bestimmung aus einer Arbeitsordnung: "Die Betriebssicherheit erfordert größte Vorsicht mit offenem Feuer. Rauchen ist nur innerhalb der freigegebenen Bereiche und Räume gestattet."

Regelungen dieser Art sind grundsätzlich mitbestimmungspflichtig, weil es sich um ein Verhalten der Arbeitnehmer während des Aufenthalts im Betrieb handelt. Als mitbestimmungsfreie Maßnahme des Eigentumsschutzes kommt ein Rauchverbot nicht in Betracht, weil das Rauchen lediglich eine Gefahrenquelle ist, aber nicht selbst eine Verletzung darstellt. Die Mitbestimmungsfreiheit unter dem Gesichtspunkt, daß es sich um eine arbeitsbezogene Maßnahme handelt, kommt wegen der Gefahr der Verunreinigung des Produkts oder wegen Belästigung der Kundschaft in Betracht. So heißt es in der Arbeitsordnung einer Bank: "In allen dem Kundenverkehr dienenden Räumen hat das Rauchen während der Schalteröffnungszeiten zu unterbleiben". Die große Bedeutung solcher Verhaltensregeln für den Erfolg der zu leistenden Arbeit ist sicherlich die Ursache dafür, daß solche Maßnahmen von der Mitbestimmung bei Rauchverboten manchmal ausdrücklich ausgenommen werden. Hier schlägt dann die Theorie von den "arbeitsnotwendigen" Maßnahmen durch, auch wenn diese als solche nicht bejaht wird.

Weiter oben¹⁾ wurde aber dargestellt, daß eine Trennung in arbeitsnotwendige und nicht arbeitsnotwendige Maßnahmen im Gesetz keine Grundlage findet. Begründen läßt sich nur die Einteilung nach Bereichen. In den Bereich von Arbeitsablauf, Arbeitsverfahren und Arbeitsmethode kann

1) S. o. unter 4.1. (S. 92ff)

ein Rauchverbot aber niemals fallen. Zwar ist denkbar, daß eine Arbeitsmethode verwendet werden soll, die ein Rauchverbot impliziert, weil sie sich nicht mit Rauchen verbinden läßt, auch in dieser Situation ist aber die Anordnung eines Rauchverbots mitbestimmungspflichtig. Für die Befugnis zur einseitigen Anordnung besteht auch kein Bedürfnis, weil sich das Rauchverbot hier mit dem Anspruch auf mangelfreie und dem Durchschnitt entsprechende Leistung durchsetzen läßt.

Viele das Rauchen betreffende Regelungen in Arbeitsordnungen haben bloßen Hinweischarakter. In manchen Regelungen ist das nicht ohne weiteres erkennbar. So etwa bei der sehr häufigen Regelung: "Das Rauchen in feuergefährdeten Bereichen ist verboten". Dieses Rauchverbot entspricht inhaltlich § 43 III VBG ¹⁾, der als allgemeine Unfallverhütungsvorschrift in allen Betrieben gilt und unmittelbar Pflichten der Arbeitnehmer begründet. Da die Regelung in dieser Form reinen Hinweischarakter hat, besteht keine erzwingbare Mitbestimmung.

Deutlicher ist der Hinweischarakter bei Regelungen wie "Die bestehenden Rauchverbote sind zu beachten". Besteht ein Rauchverbot, so verlangt es schon für sich genommen Beachtung. Es braucht dazu keine Niederlegung in einer Arbeitsordnung. Auch hier besteht keine Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1.

Das gleiche gilt für Bestimmungen wie: "Im Betrieb oder in Betriebsteilen kann mit Zustimmung des Betriebsrates das Rauchen im Interesse von Mitarbeitern und Kunden ganz oder teilweise untersagt werden".²⁾

1) (3) Aus feuergefährdeten Bereichen sind offenes Feuer und andere Zündquellen fernzuhalten. Das Rauchen in diesen Bereichen ist verboten.

2) Muster-Arbeitsordnung NRW § 37 III

Die ähnlich klingende Regelung: "In feuergefährdeten Räumen ist das Rauchen verboten. Darüber hinaus kann die Firma im Einvernehmen mit dem Betriebsrat das Rauchen in anderen Räumen untersagen"¹⁾ hat dagegen einen echten Regelungsgehalt. Im Zusammenhang mit dem vorangegangenen Satzteil sagt sie nämlich, daß diese Regelung nicht vollständig ist, sondern, daß im Bereich des Rauchverbots, auch ohne daß die Arbeitsordnung gekündigt wird, ein Initiativrecht geltend gemacht werden kann. Es handelt sich also um eine echte inhaltliche Regelung hinsichtlich des Rauchverbots und damit besteht Mitbestimmungspflicht nach § 87 I Nr. 1.

Es ist noch zu erwähnen, daß sich die Mitbestimmungspflicht hinsichtlich eines Rauchverbots für Pausen-, Liege- und Bereitschaftsräume sowie für Arbeitsräume auch aus § 87 I Nr. 7 ergeben kann. Nach § 32 ArbStättVO²⁾ hat der Arbeitgeber in Pausen-, Liege- und Bereitschaftsräumen dafür Sorge zu tragen, daß geeignete Maßnahmen zum Schutz der Nichtraucher vor Belästigung mit Tabakrauch getroffen werden. In Arbeitsräumen muß nach § 5 ArbStättVO während der Arbeitszeit ausreichend gesundheitlich zuträgliche Atemluft vorhanden sein.

Bei beiden Vorschriften ist aber nicht unproblematisch, daß es sich um Normen handelt, die durch ein Rauchverbot ausgefüllt werden können. Bei § 32 ArbStättVO ist zweifelhaft, ob diese Vorschrift von der Ermächtigungsgrundlage der ArbStättVO gedeckt ist. Nach § 120 a IV GewO i. V. m. § 120 e GewO können nämlich nur solche Vorschriften über das Verhalten der Arbeitnehmer erlassen werden, die zur

1) Arbeitsordnung aus dem Bereich der Metallindustrie, zitiert nach Löwisch DB 79, Beil. 1, S. 4

2) v. 20.3.75/BGBI I, S. 729

Sicherung eines gefahrlosen Betriebes erforderlich sind.
In § 32 ArbStättVO geht es aber um den Schutz vor Belästigungen.

§ 5 ArbStättVO könnte zur Ausfüllung durch ein Rauchverbot deshalb nicht geeignet sein, weil diese Norm lediglich gesundheitliche Beeinträchtigungen, nicht aber Belästigungen ausschließen will.¹⁾

Diese Fragen können nach dem hier vorgetragenen Konzept aber dahinstehen. Da bei einem Rauchverbot keine der Einschränkungen des § 87 I Nr. 1 eingreifen kann, kann die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 7 nicht über die nach § 87 I Nr. 1 hinausgehen.

2. Regelungen über Nebentätigkeiten der Arbeitnehmer

Es besteht Einigkeit darüber, daß ein Arbeitnehmer, wenn keine individuellen oder kollektiven Vereinbarungen darüber bestehen, eine Nebentätigkeit, die kein Wettbewerb ist, im Rahmen der AZO²⁾ aufnehmen darf.³⁾

Zwar wird noch betont, diese Befugnis bestehe nur, wenn die Erfüllung der Verpflichtung aus dem Hauptvertrag nicht durch die Tätigkeit beeinträchtigt werde⁴⁾, diese Frage betrifft aber nicht die Zulässigkeit der Nebentätigkeit, sondern die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem ersten Arbeitsverhältnis. Nur darauf hat der Arbeitgeber einen

1) Eberstein-Meyer Arbeitsstättenrecht, Komm. zur ArbStättVO
Stand Dez. 81, § 5 Anm 3

2) v. 30.4.38/RGBI I, S. 447

3) Schaub § 43 II 1 (S. 171)

4) Schaub § 43 II 4 (S. 171)

Anspruch. Es ist aber gleichgültig, worauf die mangelhafte Vertragserfüllung beruht.

Streit besteht über die Möglichkeit, diese Freiheit der Arbeitnehmer kollektivrechtlich zu beschränken. Teilweise wird diese Möglichkeit ganz und gar bestritten.¹⁾ Dabei wird darauf hingewiesen, daß es sich um die Verwendung von Freizeit, also um einen Eingriff in den Individualbereich, handele.

Andere halten eine kollektivrechtliche Regelung der Nebentätigkeit für möglich.²⁾ Als Grundlage für eine solche Regelung wird auch § 87 I Nr. 1 genannt.³⁾

Das BAG hält zwar Nebentätigkeitsverbote oder Genehmigungsvorbehalte sowohl als einzelvertragliche Vereinbarung⁴⁾ als auch als Betriebsvereinbarung⁵⁾ für zulässig, legt sie aber verfassungskonform im Lichte des Art 12 I GG dahingehend aus, daß der Arbeitnehmer immer dann eine Nebentätigkeit aufnehmen kann, wenn seine Pflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis dadurch nicht beeinträchtigt werden und auch keine Wettbewerbsinteressen des Arbeitgebers entgegenstehen.

Tatsächlich gibt es auch in Arbeitsordnungen keine absoluten Nebentätigkeitsverbote, obwohl Regelungen über Nebentätigkeiten sehr verbreitet sind. Die Vorschrift in einer Arbeitsordnung "Alle Arbeitnehmer sind verpflichtet, ihre Arbeitskraft voll in den Dienst des Unternehmens zu stellen" kann

1) Karakatsanis Gestaltung, S. 93
Rewolle BB 59,670

2) Blomeyer FS BAG, S. 17 (28)
Föhr AuR 75,353 (358)
Giff BB 59,43 (47)

3) Föhr AuR 75,353 (358)

4) v. 3.12.70/AP Nr. 60 zu § 626 BGB

5) v. 13.11.79/DB 80,741

daher nach dem Grundsatz, daß eine Norm im Zweifel so zu interpretieren ist, daß sie gültig ist, nur bedeuten, daß der Arbeitnehmer im Betrieb die ihm mögliche Leistung zu erbringen hat.

In den Regelungen der Arbeitsordnungen wird entweder eine Genehmigungsmöglichkeit vorgesehen¹⁾ oder es besteht nur eine Anzeigepflicht²⁾. Für die Rechtsgrundlage ergibt sich bei allen diesen Fällen die gleiche Problematik. Das Verbot oder die Beschränkung einer Nebentätigkeit regelt kein Problem, das sich aus der Eingliederung der Arbeitnehmer in den Betrieb ergibt. Es berührt keinen der Bereiche, die als betriebsbezogen gekennzeichnet worden sind. Die Beschränkung wird nicht wegen der Einordnung in den Betrieb notwendig, sondern hätte auch dann einen Sinn, wenn keine anderen Arbeitnehmer und nicht einmal eine Betriebsstätte vorhanden wären. Solche Maßnahmen gehören nicht in den Bereich des § 87 I Nr. 1.

1) Beispiele: Arbeitsordnung einer Bank

"Kein Betriebsangehöriger darf ohne Genehmigung eine Nebenbeschäftigung ausüben oder Nebengeschäfte betreiben."

Muster-Arbeitsordnung NRW § 6

"Eine Nebentätigkeit darf der Mitarbeiter nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Firma ausüben. ... Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn sich die Gesamtarbeitszeit im Rahmen der Arbeitszeitordnung hält, die Nebentätigkeit die vertraglich geschuldeten Leistungen nicht beeinträchtigt und nicht für ein Konkurrenzunternehmen ausgeübt wird."

2) Arbeitsordnung eines Chemiebetriebes

"Die Aufnahme einer Nebentätigkeit als Beschäftigungsverhältnis gegen Entgelt -ausgenommen die Übernahme staatsbürgerlicher Pflichten- ist der Personalabteilung vorher zu melden."

3. Vertretungsregeln

Auch Regelungen über die gegenseitige Vertretung der Arbeitnehmer werden als Beispiel für Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb genannt.¹⁾

Solche Regelungen kommen in recht pauschaler Form in Arbeitsordnungen vor. Es wird nur bestimmt, daß ein Arbeitnehmer den anderen vertreten muß, gegebenenfalls wird dies auf Notfälle oder auf zumutbare Arbeiten beschränkt. So heißt es z. B.: "Der Betriebsangehörige ist grundsätzlich mit solchen Arbeiten zu beschäftigen, die seinem Arbeitsvertrag gemäß sind. Er kann vorübergehend, z. B. bei Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen, zu anderen Arbeiten herangezogen werden, soweit dies für ihn zumutbar ist. Die Rechte des Betriebsrats bei Versetzungen und Umgruppierungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz und aus Tarifverträgen bleiben unberührt." Ganz ähnlich ist die Regelung: "Soweit es der Arbeitsablauf erfordert, ist jeder zur gegenseitigen Unterstützung und Vertretung verpflichtet. In Notfällen, bei Inventuren oder bei Mangel an Arbeit kann jeder vorübergehend auch zu anderer zumutbarer Arbeit herangezogen werden als zu der, für die er eingestellt wurde."

Diese Regelungen begründen nur eine allgemeine Pflicht. Im Vertretungsfall muß jeweils noch eine entsprechende Weisung erfolgen. Diese Regelungen enthalten also Richtlinien für personelle Maßnahmen. Solche Richtlinien fallen aber nicht unter § 87 I Nr. 1.

Soweit dadurch auch die arbeitsvertraglichen Pflichten erweitert werden, geht es zwar um Verhaltenspflichten,

1) Dietz-Richardi § 87 Rz 140
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 17 a

Diese Pflichten betreffen aber die Art der auszuführenden Arbeit, d. h. die Frage, welche Arbeit auszuführen ist. Damit führt auch dieser Gesichtspunkt nicht zu einer Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1.

4. Die Befristung der Arbeitsverhältnisse auf die Vollendung des 65. Lebensjahres

Eine Betriebsvereinbarung, in der die Arbeitsverhältnisse auf die Vollendung des 65. Lebensjahres befristet werden, wird überwiegend für zulässig gehalten¹⁾, wobei allerdings die Zulässigkeit der Regelung von den Vertretern dieser Ansicht zumeist an das Vorliegen einer Altersversorgung gebunden wird²⁾.

Solche Befristungsregelungen sind in Arbeitsordnungen sehr häufig. Teilweise werden sie an das Bestehen einer Altersversorgung oder einer bestimmten Form der Altersversorgung angeknüpft. So heißt es z. B. in einer Arbeitsordnung: "Das Arbeitsverhältnis endet -sofern nichts anderes vereinbart ist- bei Männern mit Ablauf des Monats, in dem sie das 65. Lebensjahr vollenden, bei Frauen mit Ablauf des Monats, in dem sie das

-
- 1) Galperin-Löwisch § 75 Rz 22
Kammann-Hess-Schlochauer § 77 Rz 24
Koch Arbeitsordnung, S. 36, 65f
Schimana BB 70, 1138 (1140)
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 44
a. A. Hoppe BB 68, 757 (758)
Kreutz Grenzen, S. 249f
- 2) BAG v. 25.3.71/E 23, 257 (LS)
Canaris AuR 66, 129 (134)
Dietz-Richardi § 77 Rz 56, 88
Hanau RdA 76, 24 (30)
Schaub § 39 II 4 (S. 159)

60. Lebensjahr vollenden¹⁾, vorausgesetzt, daß Ruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung beansprucht werden kann".

Soweit zur Rechtsgrundlage dieser Regelungen Stellung genommen wird, werden sie auf § 88 (§ 57 BetrVG 52) gestützt.²⁾

Dem ist zuzustimmen. Von den Angelegenheiten des § 87 I kann die Befristung des Arbeitsverhältnisses nur § 87 I Nr. 1 zuzuordnen sein. Die Vorschrift will eine bestimmte Zusammensetzung der Belegschaft erreichen. Es geht damit auch um die Einfügung des Einzelnen in eine Gruppe. Die oben entwickelten Fallgruppen beruhen aber darauf, daß es bei § 87 I Nr. 1 nicht um abstrakte, planerische Fragen geht, sondern um das praktische Zusammenleben. Dementsprechend findet sich bei den Fallgruppen auch kein Anknüpfungspunkt für die Zuordnung der Befristungsregelungen zu § 87 I Nr. 1.

1) Gemäß Art 6 § 5 II RRG (v. 16.10.72/BGBI I, S. 1965) gilt eine Vereinbarung, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung in einem Zeitpunkt vorsieht, in dem der Arbeitnehmer vor Vollendung seines 65. Lebensjahres Altersruhegeld der gesetzlichen Rentenversicherung beantragen kann, dem Arbeitnehmer gegenüber als auf die Vollendung des 65. Lebensjahres abgeschlossen. Auch eine Betriebsvereinbarung ist eine Vereinbarung im Sinne dieser Vorschrift. (Ammermüller DB 73,822,824; a. A. Schaub § 121 II 4, S. 638)

2) BAG v. 25.3.71/E 23,257 (263)
Schimana BB 70,1138 (1138)

5. Regelungen über ärztliche Untersuchungen

Anordnungen, daß der Arbeitnehmer sich einer ärztlichen Untersuchung zu stellen habe, werden gelegentlich der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 unterworfen.¹⁾

Kittner²⁾ differenziert zwischen ärztlichen Eingangsuntersuchungen, also Untersuchungen, die der Einstellung vorgeschaltet sind, und solchen während des laufenden Arbeitsverhältnisses. Nur die letzte Gruppe soll der Mitbestimmung nach § 56 I lit. f BetrVG 52 unterliegen. Gaul³⁾ hält es nicht für möglich, eine entsprechende Verpflichtung für nicht eingestellte Arbeitnehmer zu begründen.

Regelungen über ärztliche Untersuchungen sind nicht selten in Arbeitsordnungen zu finden. Sie sind regelmäßig in den Abschnitt über Einstellungen eingeordnet, woraus der Schluß zu ziehen ist, daß es sich um der Einstellung vorgeschaltete Eingangsuntersuchungen handelt. Dieser Schluß ist noch unmittelbarer zu ziehen, wenn im Text vom Bewerber die Rede ist wie in folgendem Beispiel. "Der Bewerber hat sich einer für ihn kostenlosen Untersuchung durch einen Arzt zu unterziehen und ein entsprechendes Attest beizubringen, wenn es notwendig erscheint."

Regelungen über ärztliche Untersuchungen während des laufenden Vertrages sind dagegen die Ausnahme. Ein Beispiel ist folgende Regelung: "Auch während des Arbeitsverhältnisses kann ... in begründeten Fällen zusätzliche ärztliche Untersuchungen verlangen, für die sie die Kosten übernimmt".

1) ArbG München v. 3.12.80/AuR 81,284
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 108

2) Untersuchung, S. 123

3) Bobrowski-Gaul I B II Rz 19 (S. 62)

Auch für die Bestimmung, ob der Mitbestimmungstatbestand des § 87 I Nr. 1 in Frage kommt, muß zwischen diesen beiden Untersuchungszeitpunkten unterschieden werden. Wird eine ärztliche Untersuchung für Bewerber angeordnet, so kann das den Bewerber, für den Betriebsvereinbarungen nicht gelten, nicht verpflichten. Diese Vereinbarung kann nur das Rechtsverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gestalten. Sie schafft damit auch keine Arbeitsbedingungen. Eine solche Vereinbarung kann deshalb auch nicht erzwingbar sein.

Anders ist es mit Vereinbarungen, die während des laufenden Arbeitsverhältnisses Untersuchungen vorsehen. Dadurch werden echte Verpflichtungen der Arbeitnehmer begründet. Ein Anknüpfungspunkt für eine Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 findet sich aber nicht. Die ärztliche Untersuchung zu dulden, ist kein Verhalten, das für den Aufenthalt im Betrieb gefordert wird. Regelmäßig wird die Untersuchung das Ziel haben, herauszufinden, welche Arbeitsbelastung dem Arbeitnehmer zuzumuten ist. Diese Frage hat aber keinen kollektiven Bezug.

Die Untersuchung kann auch zur Feststellung von ansteckenden Krankheiten dienen. Dann ist Ziel der Untersuchung auch der Schutz der anderen Arbeitnehmer vor Gesundheitsschäden. Dieser Anknüpfungspunkt ist aber durch § 87 I Nr. 7 abgedeckt.

6. Meldepflichten

In Arbeitsordnungen sind regelmäßig Verpflichtungen zu Auskünften der Arbeitnehmer enthalten. Unter Meldepflichten werden von diesen Auskünften hier nur diejenigen gefaßt, die der Arbeitnehmer von sich aus, also nicht auf Befragen, geben soll. Danach werden in diesem Abschnitt insbesondere nicht Regelungen über die Erhebung von Grunddaten behandelt, die regelmäßig bei der Einstellung erfolgt. Bei dieser Frage liegt auch eine Behandlung unter dem Gesichtspunkt des § 94 näher.

In Arbeitsordnungen finden sich Regelungen über An- und Abmeldungen vom Arbeitsplatz. Diese Regelungen werden hier im Abschnitt Kontrollmaßnahmen behandelt.

Häufig sind Verpflichtungen niedergelegt, Schäden an den Geräten, Gefahren und Feuer zu melden.¹⁾

Üblich sind auch Regelungen über Anzeige- und Nachweispflichten bei Krankheit. Einheitlich wird dort die Pflicht, unverzüglich eine Krankheitsmeldung abzugeben, aufgestellt. Unterschiede bestehen lediglich hinsichtlich der Nachweispflicht. Diese werden in unterschiedlicher Intensität

1) So heißt es in der Arbeitsordnung eines Chemiebetriebes: "Wer bemerkt, daß Unfallschutzvorrichtungen fehlen oder schadhaft sind, muß dieses unverzüglich seinem Vorgesetzten oder der für Werkssicherheit zuständigen Stelle melden.

Alle Fehler, Mängel und Schäden an Geräten oder sonstigen Gegenständen, insbesondere an Feuerlöschgeräten, Licht-, Kraft-, Heizungs- oder Schweißanlagen, an Rohrleitungen und Kesseln sowie alle anderen Umstände, die einen Unfall bewirken können, müssen sofort gemeldet werden."

begründet. Teilweise wird zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert.¹⁾

1) Beispiele:

"Ist ein Mitarbeiter wegen einer Erkrankung länger als drei Tage arbeitsunfähig, so muß er vor Ablauf des 3. Kalendertages nach Krankheitsbeginn eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer einreichen."

Arbeitsordnung der Hoechst AG, abgedruckt bei Hromadka ArbO im Wandel, S. 165ff

"18. Arbeitsversäumnis, Krankheit

a) Wer nicht oder nicht rechtzeitig zur Arbeit kommen kann, muß entweder selbst oder über eine Mittelsperson unverzüglich, möglichst telefonisch, seinem Betrieb oder der dafür vorgesehenen Stelle Ursache und voraussichtliche Dauer der Abwesenheit mitteilen. Kann der Betrieb nicht erreicht werden, ist diese Mitteilung der zuständigen Personalabteilung zu machen.

b) Bei Erkrankungen und Unfällen gelten hinsichtlich der Anzeige- und Nachweispflicht (Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung) zusätzlich die gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen."

"Bei Krankheit haben gewerbliche Belegschaftsmitglieder in jedem Fall der Personalabteilung durch ärztliche Bescheinigung ihre Arbeitsunfähigkeit innerhalb von drei Tagen, rückwirkend ab ersten Tag der Erkrankung, nachzureichen.

Für gewerbliche Belegschaftsmitglieder mit mehr als zehn Dienstjahren wird jedoch bei Kurzerkrankungen bis zu einem Tag grundsätzlich auf die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verzichtet; Voraussetzung ist, daß die Entschuldigung des Belegschaftsmitgliedes noch am Tag der Erkrankung im Betrieb erfolgt.

Für Monatslöhner und Angestellte wird grundsätzlich bei Kurzerkrankungen bis zu drei Tagen auf die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verzichtet."

Weitere gängige Meldepflichten beziehen sich auf Änderungen in den persönlichen Grunddaten. Regelmäßig wird die Angabe von Änderungen bei Familienstand und Anschrift verlangt. Darüberhinaus werden unterschiedliche Angaben verlangt. Hier mag zunächst die sehr umfassende Regelung einer Arbeitsordnung als Beispielsammlung dienen.

"Alle für das Arbeitsverhältnis bedeutsamen Änderungen der persönlichen Verhältnisse hat ... mitzuteilen.

Hierzu gehören insbesondere:

- Adressenänderung,
- Änderung der Familienverhältnisse (z. B. Eheschließung, Geburten, Scheidung, Todesfälle usw.),
- abgelegte Prüfung (z. B. Meisterprüfung, absolvierte REFA-Kurse),
- Schwangerschaft und voraussichtlicher Tag der Niederkunft,
- Bewilligung oder Entzug einer gesetzlichen Rente,
- Änderung der Erwerbsfähigkeit,
- Schwerbehinderteneigenschaft,
- Änderung der Lohnsteuerkarte,
- Änderung des Kontos für Lohn- oder Gehaltsüberweisung,
- Wechsel des Instituts (z. B. Bank, Sparkasse, Versicherungen) oder der Anlageart bei vermögenswirksamen Leistungen bzw. Anlagen,
- Einberufung zum Wehr- oder Ersatzdienst."

Darüberhinaus wird gelegentlich noch die Meldung bei der Stellung eines Antrags auf Rente oder Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft verlangt. Das gleiche gilt für die Aufforderung zur Erfassung oder Musterung für den Wehrdienst.

Meldepflichten sind auch in Regelungen über Schichtwechsel anzutreffen. Hier betrifft die Meldepflicht das Ausbleiben

der Ablösung.¹⁾

Zunächst sollen die Meldepflichten unter die Lupe genommen werden, die keine persönlichen Angelegenheiten des Arbeitnehmers betreffen.

Die Meldung von Schäden und Gefahren soll ermöglichen, Gefahren zu beseitigen, die den Arbeitnehmern drohen. Die Regelung des Schutzes der Arbeitnehmer im Betriebe ist aber nicht dem Tatbestand des § 87 I Nr. 1 zuzuordnen, sondern § 87 I Nr. 7. Diese Spezialregelung bezieht sich aber nur auf den Gesichtspunkt des Schutzes, Verhaltensvorschriften für den Aufenthalt im Betrieb sind, wenn die sonstigen Tatbestandsmerkmale des § 87 I Nr. 7 nicht zutreffen, mitbestimmungspflichtig nach § 87 I Nr. 1.

Meldepflichten sind allerdings insofern untypische Verhaltenspflichten, als daß das erwünschte Verhalten seinen Sinn nicht dadurch erhält, daß es gerade im Betrieb erfolgt. Das ist letztlich bei der Weitergabe von Kenntnissen nie der Fall. Der räumliche Bezug zum Betrieb ergibt sich hier weniger aus dem Ort der Pflichterfüllung als dadurch, daß der Arbeitnehmer die ihm abgeforderten Kenntnisse durch die Eingliederung in den Betrieb erwirbt und diese Kenntnisse dem Arbeitgeber zur Verhinderung von Störungen des betrieblichen Ablaufs dienen.

Die Meldepflicht bei Ausbleiben einer Ablösung soll allein oder in Verbindung mit weiteren Regelungen (Weiterarbeitspflicht) bewirken, daß kein Produktionsausfall eintritt und keine Geräte stillgelegt werden müssen. Im Ergebnis

1) Aus der Arbeitsordnung der Hoechst AG, abgedruckt bei Hromadka ArbO im Wandel, S. 165ff
"13. Beginn und Ende der Arbeitszeit und der Pausen
d) Trifft bei Schichtwechsel die Ablösung nicht rechtzeitig ein, so hat der abzulösende Mitarbeiter dies unverzüglich seinem Vorgesetzten zu melden und bis zum Eintreffen des Ablösers oder eines Ersatzmannes oder bis zu einer gegenteiligen Weisung des Vorgesetzten vorläufig weiterzuarbeiten."

geht es also auch hier um die Verhinderung von Schäden, die durch diese Meldung verhindert werden, wenn auch der Schaden selbst nicht Inhalt der Meldung ist. Es besteht auch bei diesen Meldepflichten kein Bedenken, sie unter § 87 I Nr. 1 zu subsumieren.

Die häufig umfangreichen Kataloge mit Meldepflichten hinsichtlich persönlicher Verhältnisse enthalten auf den zweiten Blick weit weniger Rechtsbegründung als es zunächst erscheint. Weitgehende Pflichten ergeben sich nämlich schon aus anderen Normen, so daß die entsprechenden Arbeitsordnungsregeln bloße Hinweise sind.

Alle Beschäftigten, die krankenversicherungspflichtig oder rentenversicherungspflichtig oder beitragspflichtig nach dem AFG sind oder für die Beitragsanteile zur Rentenversicherung zu leisten sind, haben bereits nach § 2 II 2 der Zweiten Datenerfassungs-Verordnung¹⁾ die Pflicht, dem Arbeitgeber die Angaben zu machen, die er für das Ausfüllen der Vordrucke zur Weitergabe an die Sozialversicherungsträger braucht. Nach § 9 I DEVO sind Änderungen des Namens unverzüglich zu melden. Nach § 9 II Nr. 5 ist auch die Änderung der Staatsangehörigkeit im laufenden Jahr zu melden. Sonstige Änderungen müssen bei der Jahresmeldung berücksichtigt werden. Dabei muß der Arbeitgeber folgende Angaben machen: Adressenänderung, verheiratet, Rentner oder Rentenantragssteller, Zahl der Kinder laut Steuerkarte.

Die Meldepflicht hinsichtlich einer Schwangerschaft ist ebenfalls gesetzlich vorgegeben (§ 5 I 1 MSchG²⁾).

1) v. 29.5.80/BGBI I, S. 593

2) I. d. Fassg. d. Bekanntmachg. v. 18.4.68/BGBI I, S. 315

Auch die Einberufung zum Wehrdienst wird dem Arbeitgeber schon auf Grund gesetzlicher Vorschriften bekannt. Nach § 1 III ArbeitsplatzSchG¹⁾ ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Einberufungsbescheid unverzüglich seinem Arbeitgeber vorzulegen.

Die wichtigsten und häufigsten Meldepflichten sind damit schon durch eine Rechtsnorm abgedeckt. Lediglich für die Anerkennung als Schwerbehinderter besteht keine gesetzliche Pflicht, obwohl hier ebenfalls eine Weitergabe der Daten an Dritte verlangt wird (§ 10 SchwBG²⁾).

Bei der Beurteilung von Meldepflichten in Bezug auf persönliche Verhältnisse -Krankmeldungen sollen hier zunächst ausgeschlossen sein- sind auch Wertentscheidungen aus anderen Abschnitten des BetrVG heranzuziehen. Eine Entscheidung, was die Preisgabe von persönlichen Daten anbetrifft, ist in § 94 enthalten. Hier ist geregelt, daß bei Angaben in Personalfragebögen oder Formulararbeitsverträgen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Form eines Zustimmungsrechts besteht. Hiermit soll insbesondere ein Kontrollrecht zugunsten der Persönlichkeit des Arbeitnehmers gewährt werden.³⁾ Diese Vorschrift verbietet auch einseitige Regelungen hinsichtlich späterer Preisgabe von persönlichen Daten. Angaben, die normalerweise in solchen Fragebögen enthalten sind, können auch nachträglich nicht verlangt werden, es sei denn auch hier ist ein Kontrollrecht vorgesehen.

Es erscheint von daher sinnvoll, auf diese Meldepflichten § 87 I Nr. 1 anzuwenden. Daß § 87 I Nr. 1 über die vorbeugende Kontrolle hinausgeht, weil es auch ein Initiativ-

1) I. d. F. v. 21.5.68/BGBI I, S. 551

2) I. d. F. v. 29.4.74/BGBI I, S. 1006

3) Galperin-Löwisch § 94 Rz 1

recht umfaßt, ist angesichts der Beschränkung der funktionellen Zuständigkeit auf Fragen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, unschädlich.

Für die Zuordnung dieser Fragen zu § 87 I Nr. 1 spricht auch, daß es sich bei Meldepflichten um traditionelle Bestandteile der Arbeitsordnung handelt.

Die Argumentation zu den Meldungen allgemeiner persönlicher Verhältnisse kann allerdings für Krankmeldungen nur teilweise gelten. Sie gehören nicht zu den Angaben, die auch in einen Personalfragebogen aufgenommen werden könnten.

Die Pflicht eine Krankmeldung abzugeben, ist gesetzlich nur für Arbeiter vorgesehen (§ 3 I 1 LFZG¹⁾). Die Meldung der Arbeitsunfähigkeit hat unverzüglich zu erfolgen, der ärztliche Nachweis soll spätestens bis Ablauf des dritten Tages nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nachgereicht werden. Soweit eine Vorschrift sachlich und persönlich nicht darüber hinausgeht, ist sie lediglich ein Hinweis und damit mitbestimmungsfrei.

Strittig ist die Frage, ob die Arbeitsunfähigkeit von Arbeitern auch bei Krankheiten nachzuweisen ist, die drei Tage oder kürzer dauern. Aus dem Text des § 3 I 1 LFZG wird meist geschlossen, daß die Nachweispflicht unabhängig von der Krankheitsdauer besteht.²⁾

Dies ist eine Rechtsfrage. Eine Regelung, die eindeutiger als das Gesetz eine Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit trifft, ist damit ebenfalls nicht erzwingbar.

1) v. 27.7.69/BGBI I, S. 946

2) ArbG Berlin v. 19.6.70/BB 70,924
Feichtinger Krankheit, S. 83
Kehrman-Pelikan LFZG § 3 Rz 3
a. A. Marienhagen Krankheit, S. 84

Für Angestellte ist die Anzeige- und Nachweispflicht¹⁾ als Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag anerkannt.

Dabei ist strittig, ob eine Arbeitsunfähigkeit immer nachzuweisen ist. Überwiegend wird angenommen, daß eine Nachweispflicht für Angestellte nicht besteht, wenn die Krankheit weniger als drei Tage dauert.²⁾

Bei Angestellten geht es nicht um die Auslegung einer Rechtsnorm, sondern um die Konkretisierung von Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag, die in keiner Norm niedergelegt sind. Es handelt sich deshalb nicht um einen bloßen Hinweis.³⁾

Die Einforderung von Nachweisen ist aber nur die Kehrseite der Durchsetzung von Ansprüchen, die oben als mitbestimmungsfrei gekennzeichnet worden ist. Bei Nachweispflichten dieser Art kann nämlich überprüft werden, ob ein Anspruch des Arbeitnehmers besteht. Sie ist ein Bestandteil der Vertragsabwicklung, der losgelöst von der Einordnung in die Betriebsorganisation einen Sinn hat. Die Nachweispflicht betrifft vor allem die Ansprüche, die im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber bestehen. Die Begründung einer Nachweispflicht unterliegt damit nicht der Mitbestimmung. Wird aber Näheres über das Verfahren, z. B. die Art des Nachweises, geregelt und damit die Pflicht zum Nachweis konkretisiert, so muß diese Regelung gemeinsam beschlossen werden.

Die Anzeigepflicht dient der Erleichterung der Arbeitsplanung. Verhaltenspflichten, die hierauf gerichtet sind, unterliegen der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1.

1) BAG v. 30.1.76/AP Nr. 2 zu § 626 BGB Krankheit
Feichtinger Krankheit, S. 96

2) Feichtinger Krankheit, S. 96
a. A. Marienhagen Krankheit, S. 83f

3) Vgl. oben S. 145

7. Die Zugangsfiktion

Arbeitsordnungen enthalten regelmäßig eine Reihe von Meldepflichten. Die am häufigsten in den Arbeitsordnungen enthaltene Pflicht ist die Pflicht, eine Änderung der Adresse der Verwaltung zu melden. Diese Pflicht wird häufig mit einer Regelung verbunden, nach der eine Erklärung dann als zugegangen gilt, wenn sie an die letzte der Verwaltung angegebene Adresse gelangt ist.

Solche Regelungen lauten z. B.: "Schreiben von ... an die Werksangehörigen, die das Arbeitsverhältnis betreffen, gelten als zugegangen, wenn sie an die letzte der Personalabteilung bekanntgegebene Adresse abgesandt worden und in den Bereich des Empfängers gelangt sind. Unzustellbare Briefe gelten als zugegangen, wenn sie an die letzte der Personalabteilung bekannte Adresse abgesandt worden sind" oder "Ist ein Wohnungswechsel nicht ordnungsgemäß gemeldet, so gelten die Mitteilungen der Firma an die zuletzt angegebene Anschrift auch dann als zugegangen, wenn sie als unzustellbar zurückkommen."

Solche Zugangsfiktionen oder Zugangsvermutungen können nur für eine schriftliche Willenserklärung unter Abwesenden eine Rolle spielen. Für diese Erklärungen ist in § 130 I BGB vorgesehen, daß sie mit Zugang wirksam werden. Mindestvoraussetzung des Zugangs ist dabei, daß die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Strittig ist, ob darüberhinaus der Zugang erst dann erfolgt, wenn unter normalen Umständen von der Erklärung Kenntnis genommen werden kann.¹⁾

1) so h. M.

BGH v. 3.11.76/BGHZ 67,271 (275)

Medicus BGB AT Rz 275

a. A. Flume BGB AT II, § 14 3 b, S. 230ff

Durch die in den Arbeitsordnungen enthaltenen Formulierungen wird bewirkt, daß die Wirksamkeit der Erklärung eintritt, ohne daß der Empfänger die Möglichkeit des Zugriffs auf die Erklärung erlangt. Das heißt, daß auch die Mindestvoraussetzung eines Zugangs nicht gegeben ist.

Es besteht allerdings Einigkeit darüber, daß der Wirksamkeitszeitpunkt einer empfangsbedürftigen Willenserklärung auch von § 130 I BGB abweichend bestimmt werden kann.¹⁾

Es handelt sich um dispositives Recht. Also steht dieser Bereich auch einer Regelung durch Betriebsvereinbarung offen.

Damit stellt sich die Frage, ob eine solche Zugangsfiktion dem Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung zuzurechnen ist. Soweit ersichtlich gibt es zu dieser Frage keine Stellungnahme. Die Regelung könnte allenfalls unter § 87 I Nr. 1 fallen.

In Frage kommt eine Unterordnung unter diesen Tatbestand unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungserleichterung. Soweit den Arbeitnehmern zu diesem Zweck Mitwirkungspflichten auferlegt werden, ist die Pflichtenbegründung mitbestimmungspflichtig. Bei der Zugangsfiktion handelt es sich aber nicht um eine Pflichtenbegründung. Es werden aber an die Verletzung einer Verhaltenspflicht Nachteile geknüpft. Es werden also Folgen eines Verhaltens geregelt. Solche Folgenregelungen sind schon deshalb mitbestimmungspflichtig, weil eine zusätzliche Beeinflussung in Bezug auf die Erfüllung der Pflicht gegeben ist. Das gilt auch dann, wenn es sich um eine nicht durch Betriebsvereinbarung begründete Pflicht handelt, die aber die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft.

1) RG v. 23.2.24/RGZ 108,91 (96)
MünchKomm-Förschler § 130 Rz 11

8. Regelungen über Kontrollmaßnahmen

Neben dem Thema "Betriebsjustiz" ist die Frage der Zulässigkeit und Mitbestimmungspflicht von Kontrollmaßnahmen das am häufigsten behandelte Gebiet im Rahmen der Arbeitsordnung. Es gibt dazu nicht nur eine Fülle literarischer Äußerungen¹⁾, sondern auch viele gerichtliche Entscheidungen, sofern man von einem weiten Begriff der Kontrolle ausgeht.²⁾

Unter Kontrollmaßnahmen werden hier alle Maßnahmen gefaßt, die eine Überprüfung der Arbeitnehmer erlauben. Das gilt unabhängig davon, ob eine solche Überprüfung gewollt ist oder ob sie lediglich ein Nebenergebnis ist oder ob eine solche Überprüfung, wie es bei manchen Tatbeständen naheliegt, überhaupt nicht stattfindet.

1) Dockhorn ArbGeb 59,660

Fenge BB 82,1577

Gaul BB 60,559

ders. B1StSozArbR 65,27

Hunold DB 82, Beil. 18

Klebe AiB 81,170

Kretzschmar BB 59,1068

Michaelis-Oberhofer-Rose BetriebsR 82,77

Moll DB 82,1722

Monjau BB 64,224

ders. BB 64,887

Musa AuR 61,357

Ossberger Kontrollen

Schirdewahn BB 82,1422

2) LAG Mainz v. 13.1.53/AP Nr. 1 zu § 71 HGB

LAG Düsseldorf v. 21.11.67/DB 67,2230

LAG Düsseldorf v. 3.9.73/zitiert nach Klebe AiB 81,109 (112)

LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556

ArbG Kiel v. 29.5.75/DB 75,1369

LAG Baden-Württemberg v. 1.6.76/AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72

Ordnung des Betriebes

LAG Hamm v. 12.11.76/EzA § 87 BetrVG 72 Betriebl. Ordnung Nr.

LAG Düsseldorf v. 14.6.78/zitiert nach Klebe AiB 81,109 (111)

BAG v. 18.7.78/zitiert nach Klebe AiB 81,127 (127)

ArbG Duisburg v. 11.10.78/DB 79,460

BAG v. 23.1.79/DB 81,1144

ArbG Frankfurt v. 4.7.79/BB 79,1768

BAG v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung d. Betriebes

LAG Düsseldorf v. 27.4.81/DB 81,1677

ArbG Siegen v. 18.8.81/DB 82,439

LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385

BAG v. 24.11.81/DB 82,1116

Eine Differenzierung bei der Beurteilung von Maßnahmen, die zur Kontrolle bestimmt, und solchen, die zur Kontrolle geeignet sind, ist nicht sachgerecht. Das hat schon das BAG¹⁾ in seiner Rechtsprechung zu § 87 I Nr. 6 ausgeführt. Es ging nicht nur um den Begriff der Überwachung, sondern sogar um die noch engere Formulierung "zur Überwachung bestimmt". Das BAG stellte hierbei auf die Gleichartigkeit beider Maßnahmengruppen aus der Sicht des Arbeitnehmers ab. Der Eingriff in den persönlichen Bereich, der der Grund für die Mitbestimmung sei, erfolge bereits bei objektiver Geeignetheit der technischen Einrichtungen.²⁾

Außerdem ist auf die Schwierigkeit der Feststellung von subjektiv bestimmten Tatbestandsmerkmalen hinzuweisen. Aus diesen Gesichtspunkten soll auch hier bei der Untersuchung von Kontrollmaßnahmen zwischen Maßnahmen, bei denen eine Kontrolle bezweckt ist, und Maßnahmen, die eine Kontrolle nur ermöglichen, nicht unterschieden werden.

Kontrollen sind außerordentlich vielfältig. Sie unterscheiden sich nicht nur in der Art ihrer Durchführung (es kann durch Vorgesetzte, durch Geräte, mit Hilfe von von den Arbeitnehmern angefertigten Berichten kontrolliert werden), sondern auch durch das, was kontrolliert wird. Als Beispiele seien Pünktlichkeit, Anwesenheit, Betretungsbefugnis, Versäumnisgründe, Leistungsmenge, Leistungsqualität und Zeitaufwand für einzelne Arbeitsabschnitte genannt.

Von diesen zahlreichen Möglichkeiten ist in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Mitbestimmung die Anwesenheitskontrolle beurteilt worden. Sofern es sich um zeitweise Abwesenheit während des Arbeitstages handelte, spielte auch die Berechtigung zum Verlassen der Arbeit eine Rolle. Außerdem ist vor allem in neuerer Rechtsprechung die Aufzeichnung von Einzelleistungen zum Problem geworden.

1) v. 9.9.75/E 27,256

2) S. o. Fn 1, S. 261

Die Tendenz dieser Entscheidungen geht dahin, Maßnahmen, die der Kontrolle der Anwesenheit im Betrieb dienen, und die, die Zeit und Gründe einer Nichtleistung während der Arbeitszeit erfassen sollen, der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 der Mitbestimmung zu unterstellen¹⁾, nicht aber die, die auf Inhalt und Dauer von Einzelleistungen gerichtet sind²⁾.

- 1) LAG Düsseldorf v. 21.11.67/DB 67,2230
LAG Düsseldorf v. 3.9.73/zitiert nach Klebe AiB 81,109 (112)
LAG Baden-Württemberg v. 1.6.76/AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72
Ordnung des Betriebes
BAG v. 18.7.78/zitiert nach Klebe AiB 81,127 (127)
a. A. ArbG Kiel v. 29.5.75/DB 75,1369
ArbG Duisburg v. 11.10.78/DB 79,460
- 2) LAG Düsseldorf v. 17.1.75/DB 75,556
LAG Hamm v. 12.11.76/EzA § 87 BetrVG 72 Betriebliche
Ordnung Nr. 2
LAG Düsseldorf v. 14.6.78/zitiert nach Klebe AiB 81,109 (111)
BAG v. 23.1.79/DB 81,1144
LAG Baden-Württemberg v. 9.10.79/zitiert nach Klebe
AiB 81,109 (111)
BAG v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des
Betriebes
LAG Hamm v. 23.9.81/DB 82,385
a. A. LAG Hamm v. 22.4.77/zitiert nach Klebe AiB 81,127 (127)
ArbG Frankfurt v. 4.7.79/BB 79,1768
LAG Düsseldorf v. 21.8.80/zitiert nach Klebe AiB 81,127 (127)

Dabei beruht die unterschiedliche Bewertung der Mitbestimmungspflicht auf der Trennung von arbeitsbezogenen und verhaltensbezogenen Maßnahmen. Von diesem Ausgangspunkt kann man aber zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Oberwiegend wird die Aufzeichnung von Einzelleistungen als arbeitsbezogen angesehen. Dann ist die Anordnung, solche Aufzeichnungen anzufertigen, mitbestimmungsfrei. Stellt man aber auf die Tätigkeit "Aufzeichnungen über die Arbeit Machen" ab, so ist das eben etwas anderes als die Arbeit selbst. Selbst wenn man auf die Tätigkeit "Aufzeichnungen Machen" abstellt, kann man aber zur Mitbestimmungsfreiheit einer Maßnahme kommen, wenn man davon ausgeht, daß diese Aufzeichnungen nicht lediglich zur Kontrolle der Arbeitnehmer dienen, sondern Material sind, daß der Arbeitgeber zu anderen Zwecken braucht (Erstellung von Rechnungen, Kalkulationen¹⁾), daß die Aufzeichnungen also ein eigenständiges Arbeitsergebnis sind.

Zum Teil wird vertreten, Kontrollen seien generell der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 zu unterstellen.²⁾ Jedoch ist nicht jede Kontrolle ohne weiteres eine Frage der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. So stellt auch das BAG fest, daß nicht jede Maßnahme, die eine Kontrolle der Arbeitnehmer ermögliche, deswegen notwendig schon zur Ordnung des Betriebes gehört.³⁾

Die Überprüfung, ob die Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllt werden, steht an sich jedem Gläubiger zu. Im Arbeitsverhältnis kann es sogar Voraussetzung einer Kündigung sein,

1) Vgl. BAG v. 24.11.81/DB 82,1116

2) Adomeit BB 72,53 (53)
Neudel AuR 75,143 (144)

3) BAG v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung d. Betr.
zustimmend: Schirdewahn BB 82,1422 (1422)
kritisch: Wohlgemuth AuR 82,40

daß der Arbeitnehmer zunächst beeinflusst wird, seinen Vertragspflichten ordnungsgemäß nachzukommen. Dies setzt die Möglichkeit voraus, hierzu Feststellungen zu treffen. Spricht man dem Gläubiger das Oberprüfungsrecht ab, so beeinträchtigt man damit auch das Recht, die Erfüllung der Vertragspflichten zu verlangen.

Diese Beeinträchtigung ist nur dort gerechtfertigt, wo sie in der Mitbestimmung schon angelegt ist. Das ist der Fall, wenn eine konkrete Pflicht nur mit Zustimmung des Betriebsrats, bzw. durch Spruch der Einigungsstelle entstehen kann, dann ist die Gestaltung des Gläubigerrechts von vornherein eine gemeinsame Angelegenheit. Zur Gestaltung gehören auch die entsprechenden Kontrollmöglichkeiten.

Für eine darüberhinausgehende Mitbestimmung bei allen Kontrollmaßnahmen spricht vor allem, daß solche Kontrollen eine stark disziplinierende Funktion haben können und daher ein verstärktes Schutzbedürfnis besteht. Das Netz der Oberprüfungsmöglichkeiten kann so engmaschig werden, daß darin bereits ein Angriff auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit liegt.

Gerade diesem Schutzbedürfnis hat aber der Gesetzgeber Rechnung getragen. In § 87 I Nr. 6 hat er die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die zur Überwachung der Leistung oder des Verhaltens der Arbeitnehmer bestimmt sind, der Mitbestimmung unterstellt. Der Bezug der Mitbestimmung auf Kontrollen durch technische Einrichtungen beruht dabei auf den besonderen Gefahren dieses Verfahrens. Anders als bei sonstigen Kontrollen ist die Erhebung und Verarbeitung zahlreicher Daten möglich. Die Informationen sind daher lückenlos. Gegenüber Erhebungen

durch Menschen weisen die durch technische Einrichtungen auch eine größere Präzision auf. Außerdem sind die Ergebnisse auch nicht durch die Arbeitnehmer zu beeinflussen. Alles dies läßt befürchten, daß der Arbeitnehmer hier bloßes Objekt eines Apparates wird.

Diese Gefahren bestehen aber nur, wenn technische Geräte eingesetzt werden. Allerdings besteht ein Bedürfnis zur weiteren Anwendung des § 87 I Nr. 1 dann, wenn man § 87 I Nr. 6 nur auf die unmittelbare Überwachung bezieht¹⁾. Das Tatbestandsmerkmal unmittelbar ist aber in § 87 I Nr. 6 gar nicht enthalten. Vom Sinn der Norm her müßte auch die Auswertung einfach gewonnener Daten von § 87 I Nr. 6 erfaßt werden.²⁾ Es ist dann auch nicht nötig, § 87 I Nr. 1, der arbeitsbezogene Maßnahmen gerade ausspart, über seinen eigentlichen Anwendungsbereich zu strapazieren.

Bei durch Menschen, insbesondere durch die Arbeitnehmer selbst, aufgezeichneten Leistungsdaten, die auch durch Menschen ausgewertet werden, bestehen die genannten Gefahren nicht.

Das Vorliegen einer Kontrolle reicht aber für sich genommen noch nicht aus, um den Tatbestand des § 87 I Nr. 1 auszufüllen. Lediglich, wenn die Einhaltung von Pflichten überprüft wird, die der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 unterliegen, kann man die Mitbestimmungspflicht der Maßnahme immer bejahen.

Jedoch kommt als Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung häufig in Betracht, daß ein Verhalten gefordert ist, das während des Aufenthalts im Betrieb oder beim Betreten und

1) So BAG v. 9.9.75/E 27,256 (261)

2) S. o. S. 170f

Verlassen des Betriebes gezeigt werden muß.

Solche Regelungen sind mitbestimmungspflichtig, sofern nicht Schranken der Anwendung des § 87 I Nr. 1 eingreifen. Die Anweisung an die Arbeitnehmer, Aufzeichnungen zu machen, kann dann eine arbeitsbezogene Maßnahme in dem hier ermittelten Sinn sein, wenn sie ein eigenständiges Arbeitsergebnis hervorbringt. Ein solches eigenständiges Arbeitsergebnis liegt immer dann vor, wenn die Aufzeichnungen eine über die Kontrolle hinausgehende Bedeutung für den Arbeitgeber haben.

Als weitere Schranke kommt in Betracht, daß die Verhaltenspflicht lediglich die Erfüllung eines konkret bestehenden Anspruchs ist. So müssen Arbeitnehmer, die einen Anspruch geltend machen, gegebenenfalls nachweisen, daß sie die Voraussetzungen des Anspruchs erfüllen. Es ist vor allem an den Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen eines Lohnanspruchs zu denken. In Frage kommt der Nachweis der tatsächlichen Erbringung einer Arbeitsleistung oder der Arbeitsbereitschaft, z. B. der Nachweis von Überstunden¹⁾. Auch die Voraussetzungen von Lohnansprüchen für eine Zeit der Nichtleistung müssen nachgewiesen werden.²⁾

Es ist aber regelmäßig keine besondere Form des Nachweises vorgesehen.³⁾ Die Formalisierung und Festlegung der Art des Nachweises kann deshalb nicht mehr als bloße Durchsetzung eines Anspruchs verstanden werden. Lediglich die Tatsache, daß ein Nachweis verlangt werden kann, unterliegt nicht der Mitbestimmung.

1) Vgl. BAG v. 9.12.80/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Ordnung des Betriebes

2) Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist der Anspruch auf Lohnfortzahlung während eines Arztbesuchs (LAG Düsseldorf v. 27.4.81/DB 31,1677)

3) Eine Ausnahme ist hier § 3 LFZG. Danach muß der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit zunächst durch eine ärztliche Bescheinigung versucht werden.

Diese Festlegung der Art und Weise der Nachweiserbringung ist deshalb an den allgemeinen Grundsätzen zu § 87 I Nr. 1 zu messen. Als Anknüpfungspunkt kommt hier in Frage, daß ein Verhalten im Betrieb gefordert wird, oder, daß aus Gründen der Vereinfachung der Verwaltung eine einheitliche Art des Nachweises gewünscht wird.

In Arbeitsordnungen finden sich Regelungen über die in der Rechtsprechung umstrittenste Frage, nämlich die Aufzeichnung von Einzelleistungen, nicht. Jedoch werden eine Reihe von Kontrollen geregelt.

Sehr verbreitet ist die Pflicht, zum Nachweis der Zutrittsberechtigung einen Ausweis vorzuzeigen.¹⁾ Überwacht wird dabei, ob die Personen, die den Betrieb betreten und verlassen, dazu berechtigt sind. Es geht also um den Nachweis einer Berechtigung. Diese Nachweispflicht selbst ist nicht durch eine mitbestimmungspflichtige Regelung begründet. Der Arbeitgeber kann auf dem Abruf dieser Pflicht unterlassen oder auf der Erfüllung bestehen. Wird aber zum Nachweis ein Dienstausweis eingeführt, so wird der Nachweis in eine bestimmte Form gekleidet, wobei man unterstellen kann, daß dies zur Vereinfachung der Verwaltung geschieht, weil der Abruf der Nachweispflicht bei jedem einzelnen Arbeitnehmer ohne eine Vereinheitlichung praktisch nicht durchführbar wäre. Hinzu kommt, daß häufig auch ein bestimmtes Verhalten beim Betreten und Verlassen des Betriebes, nämlich das Vorzeigen des Ausweises gefordert wird. Die Einführung eines Ausweisverfahrens ist also mitbestimmungspflichtig nach § 87 I Nr. 1.

1) Beispiel:

"Jeder Werksangehörige erhält einen Werksausweis, den er stets bei sich zu führen hat und den er beim Betreten des Werkes auf Verlangen vorzeigen muß."

An sonstigen Problemen wird das Verlassen des Arbeitsplatzes oder des Betriebes während der Arbeitszeit geregelt. Meist ist nachzuweisen, daß derjenige, der den Betrieb verläßt, dazu auch eine Erlaubnis hat.¹⁾ Wenn eine Erlaubnis gefordert wird, ist gleichzeitig auch die Pflicht zur Meldung beim Vorgesetzten vorgesehen. Dadurch wird der Arbeitnehmer zweifach überwacht. Einmal in Bezug auf die Erbringung der Arbeitsleistung; es ist nämlich üblich, daß bei Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb, die Erbringung der Arbeitsleistung bzw. die Arbeitsbereitschaft vermutet wird. Das heißt der Nachweis der Anwesenheit ist zugleich der Nachweis des Lohnanspruchs. Dieses Verfahren ist nur dann durchführbar, wenn die Dauer der Anwesenheit im Betrieb zuverlässig festgestellt werden kann. Dazu dient es, wenn das Verlassen des Betriebes nur nach vorheriger Meldung möglich ist.

Zweitens kann kontrolliert werden, ob der Arbeitnehmer ein Recht zum Verlassen der Arbeit hat. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine Arbeit während der gesamten Arbeitszeit zu leisten. Verletzt er diese Vertragspflicht, so hat er nicht nur keinen Lohnanspruch, sondern im Falle eines Verschuldens ist er sogar schadenersatzpflichtig.

Die Meldung beim Vorgesetzten beim Verlassen des Arbeitsplatzes ist ein für den Aufenthalt im Betrieb vorgesehenes

1) Beispiele:

"Wer während der Arbeitszeit seinen Arbeitsplatz oder das Werksgelände verlassen will, hat vorher die Erlaubnis des Vorgesetzten einzuholen und diese am Ausgang nachzuweisen."

"Beim Verlassen des Betriebes innerhalb der Arbeitszeit ist beim Pförtner ein Durchlaßschein abzugeben, der vom zuständigen Vorgesetzten ausgestellt wird."

"Während der Arbeitszeit kann ein Mitarbeiter nur aus dringenden Gründen mit entsprechendem Torpaß den Betrieb verlassen."

Verfahren. Das Vorlegen eines Durchlaßscheins oder Torpasses beim Pförtner ist eine Verhaltenspflicht beim Verlassen des Betriebes. Damit liegen Anknüpfungspunkte für die Anwendung des § 87 I Nr. 1 vor.

Eine arbeitsbezogene Maßnahme kann in diesen Melde- bzw. Vorlegungspflichten nicht liegen, denn diese Pflichten haben keinerlei Beziehung zum Arbeitsergebnis.

Man kann erwägen, daß es um den bloßen Abruf bestehender Pflichten geht. Einmal kommt in Betracht, daß die Pflicht zum Nachweis der Arbeitsleistung als Voraussetzung des Lohnanspruchs auf diese Weise erfüllt wird. Diese Pflicht ist in der Regel mit dem Nachweis der Anwesenheit erbracht.

Bei der Meldepflicht geht es aber nicht darum, daß der Arbeitnehmer zum Nachweis seiner Anwesenheit aufgefordert wird, sondern um das Gegenteil. Daß die Meldung erforderlich ist, zeigt gerade, daß ein anderweitiges Überprüfungs-system vorhanden ist, das die Nachweispflicht des Arbeitnehmers teilweise ersetzt und teilweise konkretisiert. Dieser Gesichtspunkt kann also eine Einschränkung der Mitbestimmung nicht begründen.

Es wurde dargestellt, daß es grundsätzlich vertragswidrig ist, während der Arbeitszeit nicht zu arbeiten. Die Arbeitspflicht kann aber ruhen, wenn dringende Verhinderungen, z. B. Krankheit, vorliegen. Unabhängig davon, ob die Arbeitspflicht ruht, läßt die Erlaubnis des Vorgesetzten die Vertragswidrigkeit immer entfallen.

Für die beiden Fälle des Ruhens und des Nichtruhens der Arbeitspflicht stellt sich die Rechtslage unterschiedlich dar. Sagt eine Arbeitsordnung aus, daß der Arbeitsplatz nicht ohne Erlaubnis verlassen werden darf, so stellt sich

das in den Fällen, in denen die Arbeitspflicht ruht, als bloßer Hinweis auf die Rechtslage dar, denn dieses Verhalten wäre sonst vertragswidrig.

Jedoch dürften die Fälle, wo es einen triftigen Grund zum Verlassen des Arbeitsplatzes gibt, also die Arbeitspflicht ruht, die praktisch wichtigeren Fälle sein. Hier stellt die Meldepflicht eine Pflicht dar, ein Recht ausdrücklich geltend zu machen.

Die Ausübung des Rechtes wird sogar eingeschränkt, wenn es zusätzlich von der Erlaubnis des Vorgesetzten abhängig gemacht wird. Es geht dann nicht um die Pflicht, ein Recht nachzuweisen, sondern um eine Regelung, wie ein Recht wahrzunehmen ist. Somit geht es nicht lediglich um einen Nachweis. Eine Schranke für die Anwendung des § 87 I Nr. 1 greift nicht ein.

Eher kann der Gesichtspunkt, es würde sich lediglich um die Erfüllung einer Nachweispflicht handeln, eingreifen, wenn lediglich eine Meldung verlangt wird, das Verlassen des Arbeitsplatzes aber von keiner anderen Voraussetzung abhängig gemacht wird.

Bedenken bestehen, weil es sich hier nicht in strengem Sinn um einen Nachweis, sondern um die Geltendmachung und Darlegung der Voraussetzungen eines Anspruchs handelt. Der Einwand läßt sich jedoch durch den Hinweis entkräften, daß damit gegenüber dem Nachweis weniger gefordert wird.

Die Aufstellung einer Meldepflicht hinsichtlich des Verlassens des Arbeitsplatzes kann damit niemals der Mitbestimmung unterliegen. Das Erfordernis einer Erlaubnis unterliegt für die Fälle der Mitbestimmung, wo die Arbeitspflicht

an sich ruht. Eine solche Bestimmung wäre aber rechtswidrig, wenn sie gesetzlich oder tariflich begründeten Rechten eine weitere Voraussetzung hinzufügt.

Die über die Statuierung der Meldepflicht hinausgehenden Verfahrensfragen (z. B. bei wem eine Meldung zu machen ist, Einführung von Formularen für solche Meldungen) sind mitbestimmungspflichtig. Mitbestimmungspflichtig ist auch, daß und wie die Berechtigung zum Verlassen des Betriebes beim Pförtner nachzuweisen ist.

Häufiger Regelungsgegenstand in Arbeitsordnungen sind Diebstahlkontrollen. Die Regelungen sind teilweise sehr detailliert, wobei die Bemühung erkennbar wird, Eingriffe in den persönlichen Bereich der Arbeitnehmer an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. ¹⁾

Zumeist wird ein Tun (Öffnen der Taschen) oder Dulden (körperliche Untersuchung) verlangt. Damit ist ein

1) So heißt es in einer Arbeitsordnung:

"(1) Zum Schutz des betrieblichen und persönlichen Eigentums können im Werk und an den Werksausgängen Kontrollen durchgeführt werden. Die Kontrollen sind auf das zulässige und notwendige Maß beschränkt. Bei allen Kontrollen wird auf Anstand und Ehrgefühl Rücksicht genommen.

(2) Beim Verlassen des Werks haben alle Werksangehörigen dem Werkschutz auf Verlangen Pakete und andere Behältnisse geöffnet vorzuzeigen. Die Kontrolle kann sich auch auf eine Bekleidungsanschau erstrecken; dabei hat der Werksangehörige auf Aufforderung den Tascheninhalt vorzuweisen.

(3) Bei längerer Abwesenheit des Benutzers, aus hygienischen Gründen und bei Diebstahlsverdacht kann der Werkschutz Schränke, Spinde und andere Behältnisse öffnen. Der Benutzer ist hinzuzuziehen, wenn er bekannt ist, ermittelt werden kann und sofort erreichbar ist. Ferner ist ein Betriebsratsmitglied oder der Vertrauensmann hinzuzuziehen. Das persönliche Eigentum ist sicherzustellen."

Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 gegeben. Auch die Möglichkeit, Spinde auzuräumen, stellt sich als Begründung einer Duldungspflicht dar. Denn der Spind ist dem Arbeitnehmer gerade zugewiesen, um Zugriffe Dritter auf die dort von ihm verwahrten Sachen abzuwehren. Es bedarf also der ausdrücklichen Begründung einer Duldungspflicht.

Es wäre dann die Frage nach den Schranken des § 87 I Nr. 1 zu stellen. Arbeitsbezogene Maßnahmen liegen bei Diebstahlskontrollen niemals vor.

Die Regelungen können auch nicht lediglich in einem Hinweis auf eine Rechtslage bestehen. Dann das Recht, Durchsuchungen anderer Personen oder fremder Sachen vorzunehmen, ist für Privatpersonen nirgendes begründet.

Auch aus dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes können solche Maßnahmen nicht mitbestimmungsfrei sein. Denn der gesetzliche Eigentumsschutz sieht zwar Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, aber keine Nachforschungsrechte vor.

Damit ist die Mitbestimmung bei Diebstahlskontrollen umfassend gegeben.

9. Regelungen über Ordnungsmaßnahmen

Der Problemkreis der Ordnungsmaßnahmen gehört zu den am häufigsten behandelten Fragen des Arbeitsrechts.¹⁾
Zöllner sprach einst von einem Parkinsonschen Thema des Arbeitsrechts.²⁾

Das Thema war auch bedeutend genug, daß es zum Gegenstand eines umfassend angelegten Forschungsprojektes des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg werden konnte.³⁾

Auch eine gesetzliche Regelung wurde zunächst in Angriff genommen. Der Gesetzgeber verzichtete aber dann auf eine Normierung, weil kein über den gegenwärtigen Stand hinausgehendes Regelungsbedürfnis vorhanden sei.

Diese Begründung ist nicht ganz einleuchtend, weil die Fronten bei diesem Problemkreis keineswegs geklärt sind. Umstritten ist nicht nur die Rechtsgrundlage von Betriebsbußen, sondern auch, ob solche Regelungen überhaupt verfassungsgemäß sind. Im Falle der Bejahung einer Zulässigkeit von Betriebsbußen, ergibt sich die Frage nach der Mitbestimmung bei der Verhängung einer Buße im Einzelfall. Vorausgesetzt diese Mitbestimmung wird bejaht, wäre die Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße zu prüfen.

Entsprechend dem Thema dieser Arbeit soll hier geprüft werden, ob bei der Aufstellung einer Bußordnung sowie der Verhängung einer Buße im Einzelfall eine Mitbestimmung besteht, die auf § 87 I Nr. 1 gestützt werden kann.

1) Vgl. Lit.nachweise bei Dietz-Richardi § 87 vor Rz 137

2) ZJP 70,365 (366)

3) Betriebsjustiz: Untersuchungen über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben/hrsg. v. Günther Kaiser und Gerhard Metzger-Pregizer, 1976

9.1. Stellungnahmen zur Mitbestimmung bei Ordnungsmaßnahmen

9.1.1. Die höchstrichterliche Rechtsprechung

Zunächst tauchte die Frage der Mitbestimmung bei Disziplinarmaßnahmen im öffentlichen Dienst auf.

Bei den ersten Entscheidungen über Disziplinarmaßnahmen wurde allerdings eine Mitbestimmung noch gar nicht erwogen. Weder behandelte man die Frage nach der Mitbestimmung bei der Aufstellung einer Bußordnung noch die nach der Mitbestimmung im Einzelfall.

In den Entscheidungen des BAG v. 6.11.56¹⁾ und v. 11.7.58²⁾ handelte es sich um tarifliche Disziplinarordnungen. Lediglich im Urteil v. 16.7.59³⁾ war Grundlage der Maßnahme eine Vereinbarung mit der Bezeichnung "Betriebsvereinbarung über die Dienst- und Disziplinarordnung für die Angestellten und Arbeiter des Landes und der Stadt Berlin". Während die Frage der Mitbestimmung in der Entscheidung vom 6.11.56¹⁾ ohnehin keine Rolle spielte, weil schon die tarifliche Regelung für unwirksam gehalten wurde, hätte in den anderen Fällen immerhin gefragt werden können, ob die disziplinarisch erfolgte fristlose Kündigung der Mitbestimmung unterlag.

Ausdrücklich erörtert wurde die Frage, ob bei einer Disziplinarmaßnahme ein Mitbestimmungsrecht besteht, erst in den folgenden Entscheidungen.

1) E 3,168

2) E 6,109

3) AP Nr. 31 zu § 626 BGB

Nach § 66 I lit. g PersVG 55 hatte der Personalrat ein Mitwirkungsrecht bei "Regelung der Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens der Bediensteten". Über die Anwendung dieser Vorschrift hatte einmal das BVerwG¹⁾ zu entscheiden und einmal das BAG²⁾, wobei es zu sich widersprechenden Entscheidungen kam.

Während beim BVerwG speziell personalvertretungsrechtliche Argumente (Gleichbehandlung von Arbeitern, Angestellten und Beamten, Ausschluß der Mitwirkung des Personalrats bei fristloser Kündigung nach § 70 III PersVG 55) eine große Rolle spielten, hielt das BAG diese Argumentation nicht für durchschlagend. Die unterschiedliche Behandlung von Beamten und privatrechtlich Beschäftigten sei vorgegeben, ihre Rechtsverhältnisse seien unterschiedlich ausgestaltet. Zur Regelung der Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens der Bediensteten gehörten auch alle diejenigen Maßnahmen, die geeignet seien, diese Ordnung aufrechtzuerhalten und die gestörte Ordnung wiederherzustellen. Schließlich seien Betriebsbußen auch keine persönlichen Angelegenheiten, Ordnung sei vorab eine Angelegenheit der Gemeinschaft.

Diese Argumentation griff das BAG in dem Beschluß v. 12.9.67³⁾ auf. Diesmal ging es um die Interpretation des § 56 I lit. f BetrVG 52. Das BAG stellte zunächst fest, daß diese weit gefaßte Vorschrift Rechtsgrundlage für betriebliche Bußordnungen sei. Vorschriften, die der Ordnung im Betrieb dienen, erlaubten sinngemäß auch Regelungen über Folgen von Verstößen.

Die weiteren Argumente beziehen sich nicht auf § 56 I lit. f BetrVG 52 speziell, sondern könnten auch zur Begründung

1) v. 11.11.60/E 11,238

2) v. 25.2.66/E 18,172

3) E 20,79

einer Zuständigkeit nach § 57 BetrVG 52 (§ 88) herangezogen werden. Das BAG setzt sich z. B. mit dem schon früher¹⁾ behandelten Argument auseinander, die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme sei eine personelle Angelegenheit.²⁾ Hierzu äußert das BAG Berührungspunkte mit den personellen Angelegenheiten seien zwar vorhanden, schwerpunktmäßig seien diese Maßnahmen aber dem sozialen Bereich zuzuordnen, weil sie der Ordnung des Betriebes dienten.

Aus der geschichtlichen Entwicklung ergebe sich, daß an der Zulässigkeit der Betriebsbußen niemals gezweifelt worden sei. Auch die Entstehungsgeschichte des BetrVG spreche für eine Zulässigkeit der Betriebsbuße. Zwar sei die Vorschrift, die Betriebsbußen ausdrücklich vorsah, gestrichen worden, jedoch ergebe sich aus den Ausschußberichten, daß die Zulässigkeit dadurch nicht in Zweifel gezogen werden sollte.

In der Entscheidung vom 5.12.75³⁾ bestätigt das BAG seine Rechtsprechung unter der Geltung des neuen BetrVG. Jetzt weist es noch besonders daraufhin, daß der Gesetzgeber die frühere Rechtsprechung gekannt habe und § 56 I lit. f BetrVG 52 gleichwohl unverändert als § 87 I Nr. 1 übernommen habe. Mit der umfangreichen Kritik an der älteren Entscheidung setzt es sich nicht auseinander.

Auch für das Personalvertretungsrecht hat das BAG seine Rechtsprechung bestätigt.⁴⁾

1) BAG v. 25.2.66/E 18,172

2) In der Tat ist die Zuordnung dieser Maßnahmen auch nicht einheitlich erfolgt, soweit es ausdrückliche gesetzliche Regelungen gab. In den Berliner Personalvertretungsgesetzen wurden sie unter die personellen Angelegenheiten eingeordnet (§ 72 Nr. 4 PersVG Bln 68 = § 85 I Nr. 6 PersVG Bln 74). Anders aber im bayrischen (§ 82 I lit. e) und bremischen (§ 33 Nr. 10) BRG, dort zählten sie zu den sozialen Angelegenheiten.

3) E 27,366

4) v. 22.2.78/AP Nr. 84 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht

9.1.2. Die sonstige Rechtsprechung

In den veröffentlichten untergerichtlichen Entscheidungen findet sich, und zwar auch dann, wenn an sich über die Zulässigkeit einer einzelnen Buße zu befinden ist, kaum eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob Betriebsbußen zulässig sind und ob bei der Aufstellung einer Bußordnung oder der Verhängung einer Buße im Einzelfall ein Mitbestimmungsrecht besteht. Soweit Rechtsgrundlage und Einzelfallregelung erwähnt werden, findet sich lediglich der pauschale Verweis auf § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) mit dem Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung.¹⁾

Eine Begründung, die sich speziell auf die Mitbestimmung bei der einzelnen Betriebsbuße bezieht, findet sich in einer Entscheidung des LAG Berlin v. 19.1.76.²⁾

Das LAG Niedersachsen hat sich in einer jüngeren Entscheidung sehr kritisch mit der Zulässigkeit von Betriebsbußen auseinandergesetzt, konnte die Frage aber im Ergebnis offenlassen.³⁾

Grundsätzlich gehen aber die Untergerichte von der Zulässigkeit von Bußordnungen aus. Sie verweisen dabei häufig auf § 87 I Nr. 1 als Rechtsgrundlage. Auch die Mitbestimmung im Einzelfall wird allgemein anerkannt.

9.1.3. Die Literatur

Zum Problem betrieblicher Ordnungsmaßnahmen gibt es eine unüberschaubare Fülle von Literatur,⁴⁾ Von den sehr zahlreichen Fragen, die behandelt werden, soll hier aber nur

1) LAG Bayern v. 20.1.70/DB 70,888
LAG Hamm v. 11.12.73/EzA § 83 BetrVG Nr. 1
ArbG Verden v. 1.3.78/ARSt 79,24

2) ARSt 77,52

3) v. 13.3.81/DuR 82,199

4) Vgl. die Nachweise in den Kommentaren zu § 87

die Mitbestimmung bei der Aufstellung einer Bußordnung und der Verhängung einer Buße im Einzelfall interessieren.

Eine Mitbestimmung bei beiden Angelegenheiten wird wohl angenommen, wenn ganz undifferenziert davon die Rede ist, daß der Betriebsrat bei Betriebsbußen nach § 87 I Nr. 1 zu beteiligen ist oder daß diese Materie unter § 87 I Nr. 1 fällt.¹⁾

Im einzelnen wurde zu der Frage Stellung genommen, ob § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) Ermächtigungsgrundlage für eine Betriebsbußenregelung sein kann.²⁾ Die Bejahung dieser Frage bedeutet zugleich die Bejahung der Mitbestimmungspflicht nach dieser Vorschrift.

-
- 1) Becker-Schaffner B1StSozArbR 75,10 (10)
Rüthers im Anschluß an BAG AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG (52)
- 2) Bejahend: Dietz-Richardi § 87 Rz 165
Isele JZ 68,335 (339)
Luhmann Betriebsjustiz, S. 64
Reuß AuR 68,127
Rumpff MitbestGespr 66,174
Schnorr RdA 68,452 (453)
Schumann Ged.schr. Dietz, S. 323 (329)
- Ablehnend: Ballerstedt im Anschluß an BAG AP Nr. 8 zu § 66 PersVG
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 18
Gaul DB 65,665 (666)
Kaiser BB 66,1107 (1109)
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 52
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 11

Am ausführlichsten hat Scholz die Ansicht begründet, § 87 I Nr. 1 könne Rechtsgrundlage für eine Bußordnung sein.¹⁾ Er weist daraufhin, daß Autonomie nur durch den Gesetzgeber verliehen werden könne und sich innerhalb der zugewiesenen funktionellen Grenzen halten müsse. Diese Grenzen könnten sich nur aus dem Gesetz ergeben. Er zieht dazu § 77 und § 87 I Nr. 1 in Betracht. § 77 sei aber für einen derartig schweren Eingriff nicht bestimmt genug. § 87 I Nr. 1 sage über Sanktionen nichts aus. Man könne aber eine Annexkompetenz zu § 87 I Nr. 1 annehmen.

Wenn man § 87 I Nr. 1 (§ 56 I lit. f BetrVG 52) für die Rechtsgrundlage einer Bußordnung hält, aber auch wenn man eine Bußordnung auf Grund einer anderen Ermächtigung für zulässig hält, stellt sich die Frage, ob die Verhängung einer Buße im Einzelfall mitbestimmungspflichtig ist. Diese Frage wird allgemein bejaht.²⁾

Dieser breite Konsens ist erstaunlich angesichts der herrschenden Meinung, daß die Mitbestimmung nur kollektive Regelungen ergreift. Man behilft sich zumeist damit, daß man das Schwergewicht bei einer Betriebsbuße auf der Wirkung für die kollektive Ordnung liegen sieht.

9.2. Regelungen aus Arbeitsordnungen

Angesichts der oben erwähnten umfassenden Untersuchung über betriebliche Ordnungsmaßnahmen sollen hier Äußerungen

1) in Betriebsjustiz, S. 316ff

2) Adomeit BB 72,53 (53)

Becker-Schaffner B1StSozArbR 75,10 (10)

Brecht § 87 Rz 15

Herbst BB 65,419 (421)

Jäcker Einigungsstelle, S. 53

Wiese im Anschluß an BAG EzA zu § 87 BetrVG 72 Betriebliche Ordnung Nr. 1

a. A. Neumann-Duesberg, S. 493

darüber unterbleiben, welche Regelungen häufig und welche weniger häufig vorkommen. Jedoch soll über das vorliegende Material an einzelnen Regelungen nicht hinausgegangen werden.

Die vorliegenden Beschreibungen dessen, was eine Ordnungsmaßnahme auslösen kann, sind äußerst dürftig. Verwiesen wird auf die Bestimmungen der Arbeitsordnung und auf die Sicherheit und Ordnung des Betriebes.¹⁾

Weiter sind Verfahrensvorschriften für die Verhängung von Betriebsbußen vorgesehen. Bei Regelungen innerhalb von Arbeitsordnungen sind sie nicht sehr ausführlich. Vorgesehen sind etwa das Einvernehmen mit dem Betriebsrat, die Anhörung des Betroffenen, die Mitteilung an den Betroffenen, Fristen für die Löschung von Eintragungen in die Personalakte und die Verwendung von strafweise eingezogenen Geldbeträgen.²⁾

Als Ordnungsmaßnahme wird der Ausspruch einer Mißbilligung vorgesehen, der als Ermahnung oder Verweis oder Verwarnung bezeichnet wird. Zum Teil sind mehrere dieser Maßnahmen

- 1) Aus der Arbeitsordnung eines Großbetriebes (zitiert nach BAG JZ 77,565):
"Bei Verstößen gegen die Sicherheit und/oder die Ordnung des Betriebes oder gegen die Bestimmungen dieser Arbeitsordnung"
- 2) Beispiel:
"(2) ...
Vor der Entscheidung ist der betroffene Werksangehörige zu hören.
(3) Von der beschlossenen Maßnahme erhält der Betroffene eine schriftliche Mitteilung. Durchschlag hiervon wird zur Personalakte genommen und spätestens nach drei Jahren vernichtet, wenn zwischenzeitlich kein erneuter Verstoß vorliegt.
(4) Einkommende Geldbeträge werden an den Beihilfenfonds für werksangehörige Pensionäre und Pensionärswitwen abgeführt."

vorgesehen. Dabei zeigt eine unterschiedliche Stufenfolge, daß über die Schwere der so bezeichneten Mißbilligungen kein Konsens besteht. Vielmehr muß sich die Stufenfolge aus der jeweiligen Vorschrift ergeben.

Als weitere Ordnungsmaßnahmen sind personelle Maßnahmen vorgesehen. Dazu gehören Versetzung, Rückstufung, aber auch ordentliche und außerordentliche Kündigung.

Nach manchen Arbeitsordnungen ist auch die Verwirkung von Geldbeträgen möglich, und zwar entweder von Bestandteilen des regelmäßigen Einkommens oder von zusätzlichen, freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers.¹⁾

Vorrangig ist hier die Frage zu beantworten, ob die Festlegung von Sanktionen überhaupt der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt, dann wäre nach den Regelungen im Einzelfall zu fragen.

1) Beispiele:

"Verstöße gegen die Arbeitsordnung oder andere Sicherheits- und Ordnungsvorschriften werden geahndet mit:
Verweis,
Verwarnung,
Versetzung und/oder Rückstufung,
teilweisem oder vollem Entzug eines Schichtlohnes/Tagesverdienstes,
teilweisem oder vollem Ausschluß vom Bezug der Jahresprämie, sofern eine solche gewährt wird."

"Bei Verstößen gegen die Sicherheit und/oder Ordnung des Betriebes oder gegen die Bestimmungen dieser Arbeitsordnung werden im Einvernehmen zwischen Personalleitung und Betriebsrat folgende Ordnungsmaßnahmen getroffen:

- 1) mündliche Verwarnung,
- 2) schriftlicher Verweis,
- 3) ordentliche Kündigung,
- 4) außerordentliche befristete Kündigung
- 5) außerordentliche fristlose Kündigung."

Da die Frage nach der Rechtsgrundlage teilweise mit der Frage nach der Mitbestimmung identisch ist, kann gleichzeitig auf diese Fragen eingegangen werden.

Auf die Streitfrage, ob § 87 I Nr. 1 eine echte Regelungsgrundlage ist, wurde schon eingegangen. Die These, es ginge nur um eine Einschränkung des Direktionsrechts, ist heute nicht mehr haltbar. Vielmehr findet hier eine Übertragung der Zuständigkeit vom einzelnen Arbeitnehmer auf den Betriebsrat statt, soweit es um kollektive Regelungen geht.¹⁾ Diese Rechtsgrundlage besteht, soweit das jeweilige Thema des Mitbestimmungstatbestandes reicht.

Es kommt also darauf an, ob Sanktionen zum in § 87 I Nr. 1 enthaltenen Themenkreis gehören.

Die Ordnungsmaßnahmen sehen stets eine Sanktion für ein tatsächliches Verhalten der Arbeitnehmer vor. Ihr Zweck ist es, das sanktionierte Verhalten zu verhindern. Es besteht danach kein Zweifel, daß sie das Verhalten der Arbeitnehmer beeinflussen sollen. Wie oben dargelegt²⁾ ist es nicht notwendig, daß diese Verhaltensbeeinflussung durch die Aufstellung einer Verhaltenspflicht herbeigeführt wird. Auch hier richtet sich die Mitbestimmung danach, welches Verhalten herbeigeführt werden soll.

Das heißt es kann nicht generell gesagt werden, ob eine Bestimmung, die "Verstöße gegen diese Arbeitsordnung" sanktioniert, der erzwingbaren Mitbestimmung untersteht oder nicht. Vielmehr ist festzustellen, ob das Verhalten

1) Die einzelvertragliche Vereinbarung von Betriebsbußen wird überwiegend für möglich gehalten.

Dietz im Anschluß an BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG (52) Betriebsbuße

Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II, 2 S. 1377

Schnorr RdA 68, 452 (453)

a. A. Ballerstedt im Anschluß an BAG AP Nr. 8 zu § 66 PersVG Gaul DB 65, 665 (666)

2) S. o. unter 4.2. (S. 132ff)

das beeinflußt werden soll, ein betriebsbezogenes Verhalten i. S. der dargelegten Grundsätze ist, und ob Schranken des § 87 I Nr. 1 eingreifen.

Da eine Sanktion kein bloßer Hinweis sein kann und auch keine Finanzierungsprobleme auftauchen können, ist nur auf die übrigen Punkte einzugehen. Die Sanktionen für Verstöße gegen die Bestimmungen der Arbeitsordnung werden danach zumeist der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 unterliegen.¹⁾ Soweit eine bestehende Betriebsvereinbarung darüber hinausgeht, handelt es sich um eine freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 88.

In jedem Fall stellt sich die Frage nach der Verhängung der Buße im Einzelfall. Die Problematik besteht dabei darin, daß eine Mitbestimmung bei der Regelung von Einzelfällen nach § 87 I Nr. 1 nicht vorgesehen ist. Außerdem handelt es sich um die Umsetzung einer Betriebsvereinbarung, eine Aufgabe, die an sich nach § 77 I 1 dem Arbeitgeber zugewiesen ist. Zur Begründung der Mitbestimmung wird dagegen angeführt, die Verhängung der einzelnen Buße diene in erster Linie der Durchsetzung der kollektiven Ordnung.²⁾

Es ist nicht zu leugnen, daß die Verhängung einer einzelnen Buße auch eine generalpräventive Wirkung hat, also auch das Verhalten der anderen Arbeitnehmer beeinflussen kann und soll. Daß die rechtliche Bewertung nur einen einzelnen Arbeitnehmer und einen bestimmten Sachverhalt betrifft, tritt dagegen zurück, weil § 87 I Nr. 1 auch Verhaltensbeeinflussungen umfaßt, die nicht in der Begründung einer Verhaltenspflicht bestehen.

1) Eine Ausnahme ist z. B. ein Verstoß gegen ein Nebentätigkeitsverbot.

2) BAG v. 5.12.75/E 27,366

BAG v. 22.2.78/AP Nr. 84 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht
(zu Art 76 I Nr. 3 PersVG Bayern)

Überzeugender scheint mir eine andere Konstruktion, die für die vorhandenen Arbeitsordnungen, die ausnahmslos das Einvernehmen mit dem Betriebsrat bei Verhängung einzelner Ordnungsmaßnahmen vorsehen, zu demselben Ergebnis führt. Zur oben gegebenen Begründung für die Mitbestimmung des Betriebsrats im Einzelfall kommt sicherlich, wenn auch unausgesprochen, der Gedanke, daß in dieser Situation ein verstärktes Schutzbedürfnis für die Persönlichkeit der Arbeitnehmer besteht. Wenn man weiter bedenkt, daß die Mitbestimmung bei der Bußverhängung weniger an den Tatbestand des § 87 I Nr. 1 anknüpft als an das Vorliegen einer Bußordnung, so liegt nahe, die Vereinbarung einer Mitbestimmung im Einzelfall für die innere Schranke einer Bußordnung zu halten, d. h. die Vereinbarung darüber, daß im Einzelfall mitbestimmt wird, zur Voraussetzung der Wirksamkeit der Bußordnung zu machen. Die Mitbestimmung beruhte dann nicht auf § 87 I Nr. 1, sondern direkt auf der entsprechenden Norm der Arbeitsordnung.

Obwohl also grundsätzlich keine Bedenken gegen eine Mitbestimmung bei der Einführung von Sanktionsmöglichkeiten bestehen, erwecken doch einige der vorkommenden Sanktionsmaßnahmen¹⁾ Bedenken hinsichtlich der Mitbestimmung. Bei der Versetzung, der Rückstufung und der Kündigung handelt es sich nämlich um personelle Maßnahmen, für die ein eigenes Mitbestimmungssystem vorgesehen ist, das nicht durch die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 1 umgangen werden sollte.

Die Einführung einer Mitbestimmung bei Versetzung und Rückstufung bleibt einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 i. V. m. § 99 II Nr. 1 überlassen. Eine Mitbestimmung bei einzelnen Kündigungen kann nach § 102 VI freiwillig vereinbart werden. Solche Regelungen sind aber nicht über den Umweg des § 87 I Nr. 1 erzwingbar, solche Sanktionen können also nicht durch Spruch der Einigungsstelle festgesetzt werden.

1) Vgl. oben S. 218 Fn 1

9.3. Die Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße

Wird wie hier die Mitbestimmung bei der Verhängung einer Betriebsbuße im Einzelfall bejaht, so stellt sich die Frage, wie man diese Maßnahmen von auf den Einzelarbeitsvertrag gestützten Maßnahmen unterscheiden kann. Für einige der Maßnahmen gibt es regelmäßig keine arbeitsvertragliche Grundlage, kritisch wird es aber für den Ausspruch einer Mißbilligung, die sowohl als auf den Arbeitsvertrag gestützte Maßnahme als auch als Ordnungsmaßnahme denkbar ist. Da die Wirksamkeitsvoraussetzungen unterschiedlich sind, kommt es auf die Qualifizierung der Maßnahme an.

9.3.1. Stellungnahmen zur Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße

9.3.1.1. Die Rechtsprechung

Das Problem der Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße, für das wir heute so sehr sensibilisiert sind, geriet wie so viele Probleme erst allmählich in das juristische Bewußtsein. 1962 hatte das BAG¹⁾ das Vorliegen einer Betriebsbuße nicht einmal in einem Fall in Erwägung gezogen, in dem eine schriftliche Erklärung ausdrücklich als "Verwarnung" bezeichnet worden war.²⁾

Später befaßte sich auch das BAG mit der Abgrenzung. Während das BAG in der früheren Rechtsprechung noch auf den Zweck

1) v. 13.7.62/AP Nr. 1 zu § 242 BGB

2) Anders Sommer in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung (im Anschluß an BAG AR-Blattei Betriebsbußen Entsch. Nr. 1)

der Arbeitgebermaßnahme abstellt und feststellt, eine Betriebsvereinbarung läge vor, wenn die Maßnahme der Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der Ordnung diene¹⁾, stellt es in späteren Urteilen auf die Zielrichtung des beanstandeten Verhaltens ab. Ein Verstoß gegen den Einzelarbeitsvertrag sollte eine Abmahnung rechtfertigen, ein Verstoß gegen die betriebliche Ordnung eine Betriebsbuße. Dabei soll es sich beim Verstoß gegen die betriebliche Ordnung um ein gemeinschaftswidriges Verhalten handeln, ein Verhalten mit einem kollektiven Bezug.²⁾

Schwierigkeiten entstanden bei dieser Abgrenzung, weil sich ein Verstoß gegen die betriebliche Ordnung von einem Verstoß gegen den Arbeitsvertrag nicht abgrenzen läßt. Es kommt also bei zahlreichen Verfehlungen sowohl eine Abmahnung als auch eine Betriebsbuße in Betracht. Das BAG nahm in solchem Fall zunächst an, daß nur eine Betriebsbuße verhängt werden dürfe. Berührte die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht zugleich die betriebliche Ordnung, so sei eine Abmahnung nicht mehr zulässig.³⁾ Dabei sei es möglich, in einer Arbeitsordnung zu präzisieren, was als Verstoß gegen die betriebliche Ordnung zu gelten habe, mit der Folge, daß bei diesen Verstößen eine Betriebsbuße verhängt werden müsse.⁴⁾

Später distanzierte sich das BAG ausdrücklich von dieser Interpretation seiner Rechtsprechung und beließ es bei der

1) v. 14.12.66/E 19,181

2) BAG v. 23.9.75/DB 75,1946

BAG v. 5.12.75/E 27,366

BAG v. 30.1.79/

BAG v. 7.11.79/

3) v. 5.12.75/E 27,366

4) v. 5.12.75/E 27,366

BAG v. 23.9.76/JZ 77,565

Hier lehnte das BAG es ab, eine Kündigung als Betriebsbuße zu betrachten, weil für den Verstoß nach Ansicht des BAG (a. A. Haug im Anschluß an diese Entsch., S. 567) keine Betriebsbuße vorgesehen war.

Oberschneidung der beiden Reaktionsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber hatte die Wahl, entweder eine Abmahnung auszusprechen oder sich mit dem Betriebsrat über eine Betriebsbuße zu einigen.¹⁾

Die Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße wurde nun danach vorgenommen, welche Funktion die Erklärung des Arbeitgebers hatte. Sollte sie lediglich auf das vertragswidrige Verhalten hinweisen, handelte es sich um eine Abmahnung, um eine Betriebsbuße immer dann, wenn der Erklärung Sanktionscharakter zukomme.²⁾ Eine Abmahnung dürfe dagegen keine über die Warnfunktion hinausgehende Bestimmung haben.³⁾

Ob eine Abmahnung oder eine Betriebsbuße vorliegt, wird nach dieser Ansicht durch Auslegung der Erklärung ermittelt, wobei die gesamten Umstände heranzuziehen sind.⁴⁾ Für eine Betriebsbuße soll danach sprechen, wenn für die mißbilligenden Äußerungen eine Stufenfolge vorgesehen ist.⁵⁾ Für eine Abmahnung spricht insbesondere, wenn individualrechtliche Konsequenzen bei Wiederholung des Verhaltens angedroht werden.⁶⁾ Der Hinweis auf die Schwere der Verfehlung soll kein Indiz für eine der beiden Möglichkeiten sein.⁷⁾ Ebenso hat die Bezeichnung als Verweis, Verwarnung, Mahnung keinen Aussagecharakter.⁸⁾ Jedoch bahnt sich hier eine Änderung an. Inzwischen ist auch eine Verfestigung der Terminologie in Literatur und Rechtsprechung eingetreten.

1) BAG v. 30.1.79/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße
BAG v. 7.11.79/AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße

2) BAG v. 30.1.79/AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße

3) BAG v. 7.11.79/AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße

4) S. o. Fn 2

5) S. o. Fn 3

6) BAG v. 18.1.80/EzA zu § 1 KschG Verhaltensbedingte
Kündigung Nr. 1

7) S. o. Fn 3

8) S. o. Fn 3

Das Abgrenzungsproblem taucht auch in der untergerichtlichen Rechtsprechung häufig auf. Zumeist kam es zu den Entscheidungen, wenn die Arbeitnehmer gegen eine meist als "Verwarnung" bezeichnete Mißbilligung vorgingen und Feststellung der Unwirksamkeit, Widerruf oder Entfernung des entsprechenden Schriftstücks aus der Personalakte verlangten.¹⁾ Dabei kam es häufig auf die Abgrenzung an.

In einigen Fällen machte auch der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei einer einzelnen Maßnahme geltend.²⁾

Für die Abgrenzung von mitbestimmungsfreien und mitbestimmungspflichtigen Mißbilligungen greift das LAG Frankfurt³⁾ die Unterscheidung des BAG⁴⁾ in arbeitsnotwendige und nicht arbeitsnotwendige Maßnahmen auf. Diese Unterscheidung setze sich für die denkbaren Reaktionen des Arbeitgebers auf Verstöße gegen Anordnungen fort. Betreffe der Verstoß eine arbeitsnotwendige Anordnung, so werde das Gebiet der Betriebsbußen nicht berührt. Diese Art der Unterscheidung ist aber in der Rechtsprechung ein Einzelfall geblieben.

Im übrigen unterscheiden die Untergerichte wie das BAG teils, indem sie auf das betroffene Verhalten abstellen, und teils durch Ermittlung des Inhalts der Erklärung.

1) Feststellung der Unwirksamkeit:

LAG Düsseldorf v. 25.10.74/DB 75,359

Widerruf:

LAG Frankfurt v. 3.8.77/DB 77,2000

Entfernung aus den Personalakten:

LAG Bremen v. 8.12.65/DB 66,76

ArbG Berlin v. 27.9.73/DB 73,2406

LAG Hamm v. 30.10.73/DB 74,439

LAG Hamm v. 11.12.73/EzA § 83 BetrVG Nr. 1

Feststellung der Unwirksamkeit und Entfernung aus Personalakte

ArbG Darmstadt v. 30.1.73/DB 73,1408

ArbG Solingen v. 31.8.77/BetrR 77,458

ArbG Verden v. 1.3.78/ARSt 79,1144

2) LAG Bayern v. 20.1.70/DB 70,888

ArbG Lübeck v. 7.1.74/DB 74,636

3) v. 5.2.68/AP Nr. 10 zu § 66 PersVG

4) v. 15.12.61/E 12,124

Die Abmahnung soll als Bestandteil des Direktionsrechts¹⁾ oder als eine jedem Gläubiger zustehende Befugnis²⁾ nur dann in Betracht kommen, wenn ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten vorliegt³⁾.

Bei einer Betriebsbuße soll dagegen ein kollektiver Bezug⁴⁾ oder ein gemeinschaftswidriges Verhalten⁵⁾ vorliegen.

Mit dieser Unterscheidung kommt man nur dann aus, wenn man davon ausgeht, daß sich der arbeitsvertragliche Bereich vom Bereich der betrieblichen Ordnung abgrenzen läßt. Schwierig wird es jedoch, wenn man Pflichtverletzungen für möglich hält, die beide Bereiche berühren.

Eine mögliche Abgrenzung ist dann die nach dem Wortlaut der Arbeitgebererklärung. Wird dem Arbeitnehmer ein Verstoß gegen die betriebliche Ordnung vorgeworfen, so soll eine Betriebsbuße vorliegen; soll ein Verstoß gegen die betriebliche Ordnung gerügt werden, so handelt es sich um eine Abmahnung.⁶⁾

Diese Unterscheidung nach dem Wortlaut der Erklärung geht in die Unterscheidung nach dem vom Arbeitgeber mit der Mißbilligung verfolgten Zweck über. Auch dieser Zweck muß in der Erklärung zum Ausdruck kommen. Bei der Abmahnung ist der typische Zweck, vertragsgemäßes Handeln für die Zukunft zu erreichen und auf Folgen weiterer Verfehlungen hinzuweisen.⁷⁾ Es sollen Voraussetzungen für eine spätere

1) LAG Frankfurt v. 3.8.77/DB 77,2000 (2000)

2) LAG Hamm v. 11.12.73/EzA § 83 BetrVG Nr. 1
LAG Düsseldorf v. 25.10.74/DB 75,259 (359)
ArbG Verden v. 1.3.78/ARSt 79,24 (25)
ArbG Hanau v. 20.6.79/BB 79,1144

3) ArbG Lübeck v. 7.1.74/DB 74,636

4) LAG Berlin v. 19.1.76/ARSt 77,52
LAG Frankfurt v. 3.8.77/DB 77,2000 (2001)

5) ArbG Berlin v. 27.9.73/DB 73,2406 (2406)

6) s. Fn 5; parallel für Ausbildungsverh. ArbG Darmstadt v. 30.1.73/DB 73,1408

7) LAG Hamm v. 11.12.73/EzA zu § 83 BetrVG Nr. 1

Kündigung geschaffen¹⁾ und Beweis für spätere rechtliche Auseinandersetzungen gesichert²⁾ werden. Ist dieses Ziel ersichtlich, liegt eine Abmahnung vor, während es für eine Betriebsbuße spricht, wenn ein Sanktionszweck verfolgt wird.

Käme von der Art des gerügten Verhaltens her an sich eine Abmahnung oder eine Betriebsbuße in Betracht, besteht aber im Betrieb keine Bußordnung, so soll eine Abmahnung gewollt sein.³⁾

9.3.1.2. Die Literatur

Die beiden unterschiedlichen Ansätze zur Unterscheidung von Abmahnung und Betriebsbuße finden sich auch in der Literatur wieder.

So wurde, im Anschluß an die ältere Rechtsprechung, die Unterscheidung nach der Art des beanstandeten Verhaltens bejaht. Danach soll, jedenfalls wenn ein Ordnungsverfahren möglich ist, bei Verstößen gegen die Ordnung und Sicherheit des Betriebes keine Abmahnung mehr möglich sein⁴⁾, während eine Abmahnung als Reaktion auf ein pflichtwidriges Individualverhalten erfolge⁵⁾.

Gegen die Unterscheidung in die Bereiche Verstöße gegen Sicherheit und Ordnung und Arbeitsvertragsverletzungen

1) LAG Frankfurt v. 3.8.77/DB 77,2000 (2000)

2) LAG Hamm v. 11.12.73/EzA § 83 BetrVG 72 Nr. 1

3) S. o. Fn 2

4) Herbst BB 65,419 (421)

5) Meisel SAE 77,91 (91)
Schlochauer DB 77,254 (258)

wurde aber geltend gemacht, daß die Bereiche sich überschneiden.¹⁾ Insbesondere für den Bereich der Überschneidung, aber auch ansonsten, wurde auf die Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Verwendung dieses Kriteriums hingewiesen.²⁾

Zunehmend wird jedoch unterschieden, indem man die Reaktion des Arbeitgebers qualifiziert. Ob eine Abmahnung oder eine Betriebsbuße vorliege, ergebe sich aus dem Inhalt der mißbilligenden Äußerung.³⁾

Hier trat an die Stelle der Schwierigkeit bei der Bestimmung der betroffenen Bereiche die Schwierigkeit der Auslegung der Erklärung. Entscheidend sollte sein, welche Funktion der Arbeitgeber seiner Erklärung aus der Sicht eines objektiven Empfängers gegeben habe.⁴⁾ Während die Betriebsbuße von ihrer Funktion her eine Sanktion darstelle, solle die Abmahnung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung hinwirken.

Bei der Auslegung nahm man zum Ausgangspunkt, daß die Abmahnung lediglich die Geltendmachung einer Gläubigerposition sei, während die Betriebsbuße einen zusätzlichen Inhalt der Äußerung des Arbeitgebers erfordere.⁵⁾

Die Problematik dieses Ausgangspunkts zeigte sich bei der Sammlung der Indizien für das Vorliegen einer Betriebsbuße. Während kein Indiz für das Vorliegen einer Betriebsbuße

-
- 1) Rose BetriebsR 75,180 (181)
Rüthers im Anschluß an BAG AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG (52)
Stieg SAE 78,273 (273)
 - 2) Pfarr im Anschluß an BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72
Betriebsbuße
Rose BetriebsR 75,180 (181)
Rüthers im Anschluß an BAG AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG (52)
 - 3) Buchner im Anschluß an BAG EzA § 611 BGB Fürsorgepfl. Nr. 23
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 BetrVG 72 Rz 121 und
im Anschl. an BAG EzA § 87 BetrVG 72 Betriebl. Ordn. Nr. 1
 - 4) Grasmann SAE 79,244 (245)
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 121
 - 5) Konzen im Anschl. BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 116

genannt wird, wird die Indizwirkung zahlreicher in Frage kommender Kriterien verneint.

Eine Geltendmachung der Gläubigerposition soll nicht überschritten sein, wenn die Äußerung einen Hinweis auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers enthält.¹⁾ Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber scharfe, sogar beleidigende Formulierungen gebraucht²⁾ oder wenn individualrechtliche Folgen angedroht werden³⁾.

Auch die Form und die Bezeichnung der Mißbilligung sollen keine Bedeutung für die Qualifizierung der Maßnahme haben.⁴⁾ Lediglich wenn eine Bußordnung besteht, spreche die Verwendung einer in dieser Ordnung enthaltenen Bezeichnung dafür, daß es sich um eine Buße handeln solle.⁵⁾ Es soll auch nicht darauf ankommen, ob die Äußerung zu den Personalakten genommen wird oder nicht.⁶⁾

Pfarr⁷⁾ schloß aus der Verneinung dieser Kriterien durch die h. L., daß im Grunde für die Qualifizierung einer mißbilligenden Äußerung kein Raum mehr bleibe. Sie will deshalb zur Unterscheidung nach der Art des gerügten Verhaltens zurück. Allerdings macht sie nicht wie die ältere Lehre die Rechtmäßigkeit einer Abmahnung von der Art des Verhaltens abhängig. Eine Abmahnung soll auch bei einem Verstoß gegen die betriebliche Ordnung zulässig sein. Entgegen der h. M.

1) Grasmann SAE 79,244 (246)
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 117

2) Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 117

3) Buchner im Anschluß an BAG EzA § 611 BGB Fürsorgepfl. Nr. 23
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 118

4) Herschel im Anschl. an BAG AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 72
Betriebsbuße
a.A. Schnorr von Carolsfeld im Anschluß an BAG AP Nr. 1
zu § 242 BGB

5) Grasmann SAE 79,244 (246)
Thiele SAE 81,238 (239)
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 119

6) Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 120

7) im Anschluß an BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße

hält sie aber eine Abmahnung, die auf Grund eines solchen Verstoßes erfolgt, nicht für mitbestimmungsfrei. Damit wird die Frage, ob im Einzelfall eine Betriebsbuße oder eine Abmahnung vorliegt, unbedeutend.

Andere halten die Unterscheidung nach dem Inhalt der Erklärung mit anderen Konsequenzen für weniger wichtig. Es wird angeführt, aus die Qualifizierung der Maßnahme als Betriebsbuße oder Abmahnung vor der Prüfung der Rechtmäßigkeit solle verzichtet werden. Man solle lediglich feststellen, ob sich die ausgesprochene Mißbilligung auf die eine oder andere Art rechtlich halten ließe.¹⁾

Ein ähnliches Ergebnis wird erreicht, wenn man eine Umdeutung der Maßnahme in eine andere für möglich hält.²⁾ Hier- nach ist die Maßnahme rechtmäßig, wenn sie die Voraussetzungen einer Betriebsbuße oder einer Abmahnung erfüllt.

9.3.2. Die Bewertung der einzelnen Maßnahmen

Die ältere Rechtsprechung und Literatur sowie Pfarr in einer neueren Stellungnahme³⁾ wollen die Mitbestimmungspflicht einer mißbilligenden Äußerung davon abhängig machen, welchem Bereich das betreffende Verhalten zuzurechnen ist. Geht man davon aus, daß sowohl auf dem Gebiet der Erbringung der Arbeitsleistung als auch im Bereich der betrieblichen Ordnung Pflichten der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber bestehen, so bedeutet das Verbot oder die Mitbestimmungspflicht der Abmahnung, daß der Arbeitgeber in seiner Durchsetzung dieser Ansprüche gehindert ist.

1) Schlochauer DB 77,254 (258)
Sieg SAE 78,273 (273)

2) Rüthers im Anschluß an BAG AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG (52)

3) im Anschluß an BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72 Betriebsbuße

Es wurde jedoch schon mehrfach ausgeführt¹⁾, daß die Durchsetzung und Geltendmachung von Ansprüchen nicht der Mitbestimmung unterliegen. Sind dem Arbeitgeber Ansprüche gegen die Arbeitnehmer eingeräumt, so ist die Möglichkeit der Durchsetzung ein Bestandteil dieser Ansprüche.

Handelt es sich um Ansprüche, die nur unter der Mitbestimmung des Betriebsrats begründet werden, so ist denkbar, daß die Durchsetzung dieser Pflicht konkret geregelt wird. So kann eine einseitige Maßnahme in diesem Fall ausgeschlossen werden. Jedoch kommen solche Regelungen, soweit ersichtlich, nicht vor. Sie wären auch nur dann sinnvoll, wenn an die Stelle der einseitigen Maßnahme die gemeinsame von Arbeitgeber und Betriebsrat gesetzt würde.

Ein solcher Ausschluß bzw. eine Beschränkung der Abmahnung durch Mitbestimmungspflicht ist auch deshalb nicht möglich, weil nicht nur die Durchsetzung des Rechts selbst gehindert wäre, sondern auch das Recht auf Pflichtverletzungen durch eine Kündigung zu reagieren. Dies entspräche aber nicht der Systematik des BetrVG, das für die Kündigung nur eine Beeinflussung über den Willen des Arbeitgebers vorsieht.

Die Kündigung setzt nach überwiegender Ansicht eine Abmahnung voraus, wenn sie auf Störungen im Leistungsbereich gestützt wird.²⁾

Nun spricht allerdings der Bezug auf den Leistungsbereich gegen eine Behinderung der Kündigungsmöglichkeit. Denn auch

1) S. o. unter 4.2.1.7. (S. 143ff)

2) std. Rspr. seit BAG v. 19.6.67/E 19,351

BAG v. 18.1.80/DB 80,1351

Bleistein Kündigung Rz 157

Peterek im Anschluß an BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbed.

Kündigung Nr. 7

Rewolle DB 76,774 (775)

nach dieser Auffassung soll eine mitbestimmungsfreie Abmahnung durch den Arbeitgeber möglich sein, wenn die Arbeitsleistung betroffen ist. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, daß diese Vermutung trügt.

Der Leistungsbereich wird nämlich sehr weit gefaßt.¹⁾ Eine Abmahnung wird nicht nur verlangt, wenn die eigentliche Arbeitsleistung nicht oder nur schlecht erbracht wird, sondern auch bei Störungen des Betriebsfriedens.²⁾

Dieses weite Verständnis des Leistungsbereichs erklärt sich aus dem Auseinanderfallen der ursprünglichen dogmatischen Begründung und dem Sinn des Abmahnungserfordernisses. Zunächst wurde nämlich das Abmahnungserfordernis aus einer Analogie zu § 326 I BGB hergeleitet.³⁾ Daraus ergab sich die Beschränkung auf den Leistungsbereich.

Heute wird eher darauf verwiesen, daß sich der Arbeitgeber zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setze, wenn er zunächst ein Verhalten unbeanstandet hinnehme, dann aber aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis lösen wolle.⁴⁾ Eine Beschränkung auf den Leistungsbereich ist damit dogmatisch

1) Vgl. dazu die Beispiele bei Rewolle DB 76, 774 (775)

2) BAG v. 18.1.68/AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG (52)

BAG v. 8.8.68/AP Nr. 57 zu § 626 BGB

ArbG Wilhemshaven v. 17.5.77/ARSt 77,191

BAG v. 26.5.77/AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht

BAG v. 13.10.77/AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

3) BAG v. 19.6.67/E 19,351

Rewolle DB 76,774 (775)

a. A. Söllner SAE 68,39 (39)

Weber im Anschluß an BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht

4) BAG v. 29.7.76/AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

Bleistein Kündigung Rz 157

Peterek im Anschluß an BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7

nicht mehr zwingend, sie wird aber gleichwohl zumeist beibehalten.

Um dem Sinn der Abmahnung im Kündigungsrecht gerecht zu werden, ist man nun gezwungen, den Leistungsbereich sehr weit zu fassen. Eine Abmahnung vor einer Kündigung soll nämlich bei allen Verhaltenspflichtverletzungen erforderlich sein, bei denen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei zukünftiger ordnungsgemäßer Vertragserfüllung zumutbar ist. Im Grunde ist es daher weniger wichtig, welchen Bereich die Pflichtverletzung betrifft, als welche Aussichten für die Zukunft des Arbeitsverhältnisses bestehen. Damit wird auch insbesondere die Schwere des Verstoßes bedeutsam.¹⁾

Das bestätigen auch die Ausnahmen, die für die Erforderlichkeit einer Abmahnung gemacht werden. So soll eine Abmahnung ausgeschlossen sein, wenn sie keinen Erfolg verspricht²⁾ oder unzumutbar ist³⁾.

Der als Leistungsbereich bezeichnete Bereich, in dem vor der Kündigung eine Abmahnung erfolgen muß, deckt sich also keinesfalls mit dem Bereich, in dem der Arbeitgeber nach der älteren Rechtsprechung und Lehre eine Mißbilligung allein aussprechen konnte. Damit stellte die Einschränkung der Abmahnung eine unzulässige Kündigungsbeschränkung dar.

1) G. Hueck in Hueck KSchG § 1 Rz 90 a
Peterek im Anschluß an BAG EzA zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7 im Anschluß

2) BAG v. 28.10.71/AP Nr. 62 zu § 626 BGB
BAG v. 26.5.77/AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
BAG v. 18.1.80/DB 80,1351

3) BAG v. 26.5.77/AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht

Auch an der jüngeren Rechtsprechung läßt sich Kritik anmelden. Die Abgrenzung von Abmahnung und Betriebsbuße durch Auslegung des Inhalts der Erklärungen bereitet praktische Schwierigkeiten, weil die Maßnahmen sich in vielen Punkten ähneln. Eine Betriebsbuße soll sich von der Abmahnung durch den über die Geltendmachung von Gläubigerbefugnissen hinausgehenden Sanktionszweck unterscheiden. Es gibt allerdings bei den von der Rechtsprechung beurteilten Fällen nur wenig Indizien, die für einen Sanktionszweck sprechen, so daß die Auslegung eher eine Abmahnung als eine Betriebsbuße ergeben wird.

Das ist allerdings nicht unbedingt ein Grund zur Kritik. Es ist nicht Zweck einer Abgrenzung, eine gleichmäßige Verteilung zwischen der Menge der Betriebsbußen und der Menge der Abmahnungen herzustellen. Vielmehr sollte die Abgrenzung zwischen Maßnahmen, die der Arbeitgeber allein treffen darf, und mitbestimmten Maßnahmen nach dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung getroffen werden.

Jede Sanktion, also auch die Betriebsbuße, ist ein Eingriff in die Persönlichkeit. Hier besteht also ein erhebliches Schutzbedürfnis, dem durch die Mitbestimmungspflicht Rechnung getragen wird. Die Abmahnung ist dagegen eine bloße Durchsetzungsmaßnahme, die nicht der Mitbestimmung unterworfen zu werden braucht.

Es wird geltend gemacht, der Arbeitgeber könne die Mitbestimmung umgehen, indem er im Bereich des § 87 I Nr. 1 mitbestimmungsfrei abmahne. Denn durch diese Abmahnungen gestalte er die betriebliche Ordnung.¹⁾

1) Pfarr im Anschluß an BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 72
Betriebsbuße

Eine Abmahnung muß sich auf die Verletzung einer bestehenden Pflicht beziehen. Damit liegt in jeder Abmahnung zugleich ein Hinweis auf das Bestehen einer Pflicht. Oben¹⁾ wurde dargestellt, daß ein bloßer Hinweis auf eine nur in der Treuepflicht begründete Pflicht nur ausnahmsweise möglich ist, nämlich dann, wenn erkennbar ist, daß der Arbeitgeber diese Pflicht nur bei diesem Arbeitnehmer aus individuellen Gründen annimmt. Regelmäßig liegt aber in einem solchen vermeintlichen Hinweis eine Pflichtenkonkretisierung. Diese ist mitbestimmungspflichtig, wenn sie im Bereich des § 87 I Nr. 1 liegt. Nur wenn in einer Abmahnung eine solche Konkretisierung enthalten ist, dann muß der Betriebsrat eingeschaltet werden.

Kritisch wird der Fall, wenn die Betriebsvereinbarung als Generalklausel formuliert ist.²⁾ Hier ergibt sich das bei Generalklauseln übliche Problem, daß die Rechtsanwendung in Rechtsschöpfung übergeht. Ungeachtet der Schwierigkeit, hier zu trennen, kann eine Abmahnung auch auf die Verletzung einer solchen Pflicht gestützt werden. Es ist jedoch erforderlich, daß in der Abmahnung zum Ausdruck kommt, daß sie sich auf die allgemeine Pflicht bezieht. Nur so ist erkennbar, daß eine bestehende Pflicht abgerufen werden soll. Nur so kann auch überprüft werden, ob die Grenzen der Interpretation eingehalten werden. Die Tatsache, daß

1) S. o. unter 4.2.1.7. (S. 143ff)

2) Solche Generalklauseln sind in Arbeitsordnungen nicht selten.

Beispiel:

"Jeder Betriebsangehörige hat für die Bank einzutreten und alles zu unterlassen, was den Interessen der Bank zuwiderlaufen oder die innerbetriebliche Ordnung stören sowie das Ansehen der Bank oder einzelner ihrer Mitarbeiter herabsetzen oder schädigen könnte."

bei solchen Formulierungen ein weiter Interpretationsspielraum verbleibt, ist bei der Vereinbarung offensichtlich hingenommen. Eine weitere Konkretisierung ist im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung möglich.

Die Argumente, die gegen die Abgrenzung nach dem Inhalt der Erklärung vorgetragen werden, greifen damit überwiegend nicht durch. Die Schwierigkeit der Unterscheidung durch Auslegung ist unleugbar vorhanden, kann aber für sich genommen, die Ablehnung dieser Unterscheidung nicht rechtfertigen. Mit zunehmendem Bewußtsein dieser Problematik werden diese Schwierigkeiten auch abnehmen, Die Verfestigung der Terminologie, insbesondere des Begriffs der Abmahnung, hat hier schon zu einer Abkehr der Rechtsprechung von der früheren Beurteilung, die Bezeichnung habe keine Bedeutung, geführt.

4. Teil Sonstige Probleme der Arbeitsordnung

Wir haben gesehen, daß die größte Zahl der Vorschriften in Arbeitsordnungen, soweit sie überhaupt einen eigenen Inhalt haben, auf § 87 I Nr. 1 zu stützen ist. Daneben gibt es eine ganze Reihe freiwilliger Regelungen, Auf sonstige Mitbestimmungstatbestände gestützte Regelungen kommen dagegen selten vor.¹⁾

Diese Feststellungen erleichtern, auch diejenigen Probleme zu lösen, die sich ansonsten im Zusammenhang mit der Arbeitsordnung stellen.

1. Die Zuständigkeit für die Vereinbarung einer Arbeitsordnung

1.1. Die Zuständigkeit auf Seiten der Arbeitnehmer

Auf Seiten der Arbeitnehmer kommen für den Abschluß einer Betriebsvereinbarung die drei Gremien Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat in Betracht. Diese Gremien haben jeweils eine eigene ausschließliche Zuständigkeit.²⁾ Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut der Zuständigkeitsbestimmung. Hier wird nämlich vorausgesetzt, daß die einen kleineren Bereich umfassenden Gremien die

-
- 1) Regelungen mit einem konkreten Inhalt gibt es zu § 87 I Nr. 4. Regelungen zu Urlaub, Sozialeinrichtungen und betrieblichem Vorschlagswesen sind meist nur Rahmenregelungen, die der Ausfüllung bedürfen.
 - 2) Für das Verhältnis Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat:
BAG v. 6.4.76/AP Nr. 2 zu § 50 BetrVG
Dietz-Richardi § 50 Rz 29
Fitting-Auffarth-Kaiser § 50 Rz 24 a
Kammann-Hess-Schlochauer § 50 Rz 19
a. A. Halberstadt BB 75,843 (844)
Müller FS Küchenhoff, S. 283 (293f)

Angelegenheiten nicht regeln können. Außerdem erfordert auch die Rechtssicherheit eine ausschließliche Zuständigkeit. Es bestünde sonst die Gefahr einer thematisch gleichen Regelung auf unterschiedlichen Ebenen. Für die Feststellung der Gültigkeit sich widersprechender Regelungen bietet das BetrVG keine Handhabe. Dort ist vielmehr ausdrücklich festgelegt, daß die verschiedenen Betriebsratsgremien nicht im Verhältnis von Über- und Unterordnung zueinanderstehen. Eine Rangfolge wäre deshalb nicht feststellbar.

Da die Zuständigkeit ausschließlich ist, ist eine Betriebsvereinbarung, die nicht vom zuständigen Gremium abgeschlossen ist, nichtig.

Außer dieser originären gibt es noch eine übertragene Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats und des Konzernbetriebsrats. Der Betriebsrat kann den Gesamtbetriebsrat beauftragen, eine Angelegenheit für ihn zu behandeln (§ 50 II). Ebenso besteht die Möglichkeit der Beauftragung des Konzernbetriebsrats durch den Gesamtbetriebsrat (§ 58 II).

Arbeitsordnungen werden häufig mit dem Gesamtbetriebsrat abgeschlossen. Die Untersuchung über Betriebsverfassung und Unternehmenswirklichkeit von Rancke¹⁾ ergab zwar für die Vereinbarung der Arbeitsordnung ein Übergewicht des Betriebsrates, der Abschluß mit dem Gesamtbetriebsrat ist aber nicht selten. Bei Betriebsbußenregelungen ist die Verteilung nahezu gleich. Der Konzernbetriebsrat hat hingegen in diesem Bereich eine verschwindend geringe Funktion.²⁾

1) Rancke Betriebsverfassung und Unternehmenswirklichkeit 1982

2) S. o. Fn 1, S. 350, Schaubild 5

Auch in den entsprechenden Musterarbeitsordnungen wird die Möglichkeit des Abschlusses mit dem Gesamtbetriebsrat vorausgesetzt.¹⁾ Vereinzelt findet sich sogar der Hinweis auf den Konzernbetriebsrat.²⁾

Es bestehen auch keine Bedenken an der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats, soweit es sich um eine nach § 50 II übertragene Zuständigkeit handelt. Soweit aber auf den Ursprung der Zuständigkeit nicht eingegangen wird, weckt die Zuschreibung der Kompetenz an den Gesamtbetriebsrat oder sogar an den Konzernbetriebsrat Erstaunen. In Rechtsprechung und Literatur besteht nämlich Einigkeit darüber, daß für die Materien des § 87 I mit Ausnahme der Nr. 8 grundsätzlich der Betriebsrat zuständig ist. Jedoch wird die originäre Zuständigkeit anderer Betriebsratsgremien nicht ausgeschlossen.³⁾

Außer dieser allgemeinen Problematik taucht bei der Arbeitsordnung noch ein weiteres Problem auf. Die Arbeitsordnung enthält im einzelnen unterschiedliche Regelungen. Die Zuständigkeit für einen Regelungskomplex kann aber nicht davon abhängen, mit welchen anderen Regelungen er gleichzeitig behandelt wird. Die äußere Zusammengehörigkeit kann nicht die gemeinsame Zuständigkeit begründen.

1.1.1. Die Zuständigkeit des Betriebsrats

Es entspricht der Systematik des BetrVG von einer Zuständigkeit des Betriebsrats auszugehen. Soweit im BetrVG

1) Bensinger Muster, S. 7,32
Koch Arbeitsordnung, S. 54

2) Bensinger Muster, S. 7

3) Dietz-Richardi § 50 Rz 12ff
Fitting-Auffarth-Kaiser § 50 Rz 13
Kammann-Hess-Schlochauer § 50 Rz 9
Körnig SAE 77,42 (44)

Beteiligungsrechte eingeräumt werden, ist immer vom Betriebsrat die Rede. Hierdurch wird deutlich, daß Ausgangspunkt der Mitbestimmung der einzelne Betrieb ist. Dem entspricht die Formulierung der Zuständigkeiten im Gesetz. Es ist dort nur beschrieben, für welche Angelegenheiten dem Gesamtbetriebsrat oder dem Konzernbetriebsrat die Zuständigkeit verliehen ist. Die Zuständigkeit des Betriebsrats ergibt sich deshalb aus einer Negativprüfung. Er ist zuständig, wenn weder der Gesamtbetriebsrat noch der Konzernbetriebsrat zuständig ist. Nur deren Zuständigkeit muß deshalb positiv bestimmt werden.

1.1.2. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats

Der Gesamtbetriebsrat ist nur dann originär zuständig, wenn die Angelegenheit das Unternehmen oder mehrere Betriebe betrifft (§ 50 I). Während diese erste Voraussetzung verhältnismäßig leicht dadurch gekennzeichnet wird, daß die Regelung für mehr als einen Betrieb gelten muß, tut man sich mit der zweiten Voraussetzung der Zuständigkeit sehr schwer. Zur Zuständigkeit ist nämlich weiter erforderlich, daß die Betriebsräte die Angelegenheit nicht innerhalb ihrer Betriebe regeln können. Hier ist nun heftig umstritten, wann dieses Nichtregelnkönnen vorliegt. Es besteht nur über die Grenzpositionen Einigkeit.

Zwar entschied das BAG in seinem Beschluß vom 5.2.65¹⁾ zu § 48 BetrVG 52, daß mit Nichtregelnkönnen eine objektive Unmöglichkeit der Regelung gemeint sei. Die Entscheidung

1) E 17,72

wurde aber insoweit fast einhellig abgelehnt.¹⁾ Auch das BAG erhielt die Beurteilung in dieser Form nicht aufrecht.

Aber auch die bloße Zweckmäßigkeit einer Regelung mit dem Gesamtbetriebsrat sollte nicht ausreichen, ein Nichtregelnkönnen der einzelnen Betriebsräte zu bewirken.²⁾

Beim Versuch, zwischen diesen Positionen einen Standort zu finden, läßt sich eine graduelle Abstufung erkennen. So meint Richardi³⁾, daß mit Nichtregelnkönnen lediglich ausgeschlossen werden solle, daß ein Koordinierungsinteresse des Arbeitgebers ausreicht. Andere stellen jedoch strengere Anforderungen. So verlangen Fitting-Auffarth-Kaiser⁴⁾, daß ein zwingendes Erfordernis einer einheitlichen Regelung besteht.

Der Wortlaut des § 50 I spricht zunächst für eine restriktive Zuständigkeitsbestimmung. Nur, was nicht geregelt werden kann, darf von den Gesamtbetriebsräten wahrgenommen werden. Auf den fast gleichlautenden Wortlaut des § 48 BetrVG 52 hatte auch das BAG⁵⁾ seine Entscheidung wesentlich gestützt. Von diesem Wortlaut ist lediglich das Wort "nur" entfallen. Allerdings kann man hieraus nicht schließen, der Gesetzgeber habe eine Abkehr von der restriktiven Tendenz des BAG vollziehen wollen.⁶⁾ Dieser Wegfall dürfte eher auf den Zusatz des Absatz 2 zurückzuführen sein. Es erscheint sprachlich etwas befremdlich, zunächst eine Nur-Zuständigkeit zu benennen, sodann aber eine weitere Zuständigkeit

1) Fitting-Auffarth-Kaiser § 50 Rz 9
Kammann-Hess-Schlochauer § 50 Rz 6
Körnig SAE 77,42 (44)
Mayer-Maly RdA 69,223 (226)
Pleyer SAE 65,195 (195)
a. A. Kittner B1stSozArbR 76,235=im Anschluß an BAG EzA zu § 50 BetrVG 72 Nr. 1

2) Fitting-Auffarth-Kaiser § 50 Rz 11
Kammann-Hess-Schlochauer § 50 Rz 11

3) Dietz-Richardi § 50 Rz 7

4) § 50 Rz 11

5) v. 5.2.65/E 17,72

6) so Körnig SAE 77,42 (44)

zu begründen. Der Wegfall bedingt allerdings, daß ein Argument für eine enge Zuständigkeitsbegrenzung entfällt.¹⁾

Trotz der im Wortlaut erkennbaren engen Zuständigkeitsbestimmung ist allerdings die Forderung einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Regelung auf Betriebsebene allein auf den Wortlaut nicht zu stützen. Zu diesem Argument wird mit Recht darauf verwiesen, daß die Bestimmung, wann ein "Nicht-Können" eintrete, gerade auch im Hinblick auf die jeweilige Norm entschieden werden müsse.²⁾ Es bedarf einer über den Wortlaut hinausgehenden Interpretation.

Gegen die restriktive Auslegung spricht insbesondere auch, daß der Tätigkeitsbereich des Gesamtbetriebsrats dann verschwindend klein wäre. Insbesondere im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung fände sich kaum ein Tätigkeitsfeld für ihn. Die Überschreitung der funktionellen Grenzen, die Kittner³⁾ als Kriterium des Nichtregelnkönnens nennt, kommt im Bereich des § 87 I nur dort in Betracht, wo Voraussetzung der Mitbestimmung eine vorangegangene freiwillige Leistung des Arbeitgebers ist.

Die Entstehungsgeschichte gibt uns über die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nur mittelbar Auskunft. Zur Begründung des § 50 I wird lediglich auf die Inhaltsgleichheit mit dem damals geltenden § 48 I BetrVG 52 verwiesen.⁴⁾ Jedoch ist der Schluß, der Gesetzgeber habe damit die restrikt-

1) Dietz-Richardi § 50 Rz 7
Galperin SAE 76,100 (100)

2) Mayer-Maly RdA 69,223 (226)

3) B1StSozArbR 76,235=im Anschluß an BAG EzA zu § 50 BetrVG Nr. 1

4) BT-DrS VI/1786 S. 43

tive Tendenz des 1. Senats des BAG¹⁾ in seinen Willen aufgenommen²⁾, angesichts der tendenziell anderen Entscheidungen des 2.³⁾, 3.⁴⁾ und 5.⁵⁾ Senats nicht zwingend.

Zur Auslegung des § 50 I (§ 48 I BetrVG 52) werden auch die Vorschriften herangezogen, die dem Gesamtbetriebsrat ausdrücklich eine Kompetenz zuweisen.⁶⁾ Heute sind das § 54 (Errichtung eines Konzernbetriebsrats), § 107 II 2 (Bestimmung der Mitglieder des Wirtschaftsausschusses), § 107 III 6 (Obertragung der Aufgaben des Wirtschaftsausschusses auf einen anderen Ausschuß), § 51 (innere Organisation des Gesamtbetriebsrats) und § 53 (Veranstaltung der Betriebsräteversammlung). Hinzu kommt noch die Zuständigkeit für die Bestimmung des Wahlvorstandes für die Wahlen zum Aufsichtsrat gemäß §§ 76ff BetrVG 52 (§ 38 Wahl0 53⁷⁾).

Die ausdrücklichen Zuweisungen sind zwar nicht sehr umfassend, sie zeigen aber, daß der Schwerpunkt der Tätigkeit des Gesamtbetriebsrats auf der wirtschaftlichen Mitbestimmung liegt. Bedenkt man, daß auch die Betriebsräteversammlung außer dem Tätigkeitsbericht des Gesamtbetriebsrats einen Bericht des Unternehmers "über das Personal- und Sozialwesen und über die wirtschaftliche Lage und Entwicklung

1) Vgl. Beschluß v. 5.2.65/E 17,72

2) Kittner B1StSozArbR 76,235=im Anschluß an BAG EzA zu § 50 BetrVG 72 Nr. 1

3) v. 25.3.71/E 23,257

4) v. 30.1.70/E 22,252

5) v. 16.11.67/AP Nr. 63 zu § 611 BGB Gratifikation
v. 22.2.68/AP Nr. 64 zu § 611 BGB Gratifikation
v. 17.10.68/AP Nr. 66 zu § 611 BGB Gratifikation

6) Mayer-Maly RdA 69,223 (225)

7) v. 18.3.53/BGBI I, S. 58

des Unternehmens" enthalten soll (§ 53 II), so wird dieser Schwerpunkt noch deutlicher. Mit Recht weist Mayer-Maly¹⁾ daraufhin, daß dieser Schwerpunkt bei den Sondervorschriften darauf beruht, daß hier nur eine Behandlung der Angelegenheiten auf Unternehmensebene sachgerecht ist. So liegt es auch bei den allgemein umschriebenen Kompetenzen des § 50 I nahe, auf die Sachgerechtigkeit einer Regelung auf Unternehmensebene abzustellen.²⁾

Nun ist aber der Begriff der Sachgerechtigkeit für sich genommen inhaltsleer. Hier findet er seinen Bezugspunkt bei den betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsbefugnissen. Sachgerechte Verteilung der Kompetenzen heißt, daß die Beteiligungsbefugnisse ihrem Zweck entsprechend eingesetzt werden können.

Wann ein Handeln des Einzelbetriebsrats nicht mehr sachgerecht ist, läßt sich nur ermitteln, wenn man die Möglichkeiten des Einzelbetriebsrats und des Gesamtbetriebsrats vergleicht. Bei diesem Vergleich ist festzustellen, daß der Gesamtbetriebsrat der Art nach dieselben Beteiligungsrechte hat wie der Einzelbetriebsrat.³⁾ Unterschiedlich ist nur der sachliche und persönliche Bereich, auf den sich die Zuständigkeit erstreckt. Der Gesamtbetriebsrat und der Arbeitgeber können Regelungen für den räumlichen Bereich sämtlicher Betriebe des Unternehmens treffen; sie können auf die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer des gesamten Unternehmens einwirken. Das ergibt also immer eine koordinierte Regelung; häufig wird es sich um eine einheitliche Regelung handeln. Der Gesamtbetriebsrat sollte also immer dort tätig werden, wo eine koordinierte oder einheit-

1) RdA 69,223 (226)

2) Halberstadt BB 75,843 (843)

3) Müller FS Küchenhoff, S. 283 (288)

liche Regelung für die Belange des Betriebes oder der betroffenen Arbeitnehmer objektiv von Vorteil ist.

Dies erlaubt auch eine sinnvolle Erklärung des Nicht-Regeln-Könnens. Ist nämlich eine einheitliche oder koordinierte Regelung vorteilhaft, dann greift die Entscheidung für einen Betrieb der Entscheidung in einem anderen Betrieb vor. Hier müßte nämlich die Einigungsstelle dieses Interesse in ihr Ermessen einbeziehen. Dies beeinflußt auch den Entscheidungsspielraum des Betriebsrats, so daß die Voraussetzung, daß die Angelegenheit nicht vom einzelnen Betriebsrat innerhalb des Betriebes geregelt werden kann, ganz wörtlich verstanden werden kann. Wird in solchen Angelegenheiten eine Entscheidung getroffen, so regelt der zuerst handelnde Betriebsrat, wenn auch mittelbar, für die anderen Betriebe mit.

Es besteht allerdings die Gefahr, daß hierdurch die Kompetenzverteilung zugunsten des Gesamtbetriebsrats ausfällt und damit die Entscheidungen zunehmend betriebsfern werden. Deshalb muß eine echte Ermessensbeschränkung vorliegen. Diese Ermessensbeschränkung bedeutet, daß der Einzelbetriebsrat, der mit einer solchen Regelung aus einem anderen Betrieb konfrontiert würde, die Interessen der von ihm vertretenen Arbeitnehmer nicht so zur Geltung bringen könnte, wie es der Gesamtbetriebsrat kann, der von Anfang an alle Interessen gegeneinander abwägt.

Notwendig ist ein Handeln des Gesamtbetriebsrats auch da, wo Beteiligungsrechte vom Einzelbetriebsrat nicht wahrgenommen werden können, weil sie auch Bereiche erfassen, für die der einzelne Betriebsrat funktionell nicht mehr zuständig ist. Diese Gefahr besteht dort, wo der durch die Regelung

erfaßte Bereich vom Arbeitgeber vorgegeben wird.

Der Bereich erzwingbarer Mitbestimmung ist von dieser Gefahr weitgehend frei, denn hier kann der Betriebsrat seine gleichstarke Position geltend machen und eine Regelung auf Betriebsebene erzwingen. So stellt der 5. Senat des BAG in seinen Entscheidungen vom 16.11.67¹⁾, v. 22.2.68²⁾ und 17.10.68³⁾ auch stets darauf ab, daß es sich bei den mit dem Gesamtbetriebsrat getroffenen Vereinbarungen um Gegenstände der freiwilligen Mitbestimmung handelt.

Eine Überschreitung der funktionellen Zuständigkeit ist deshalb im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung in der Regel nicht möglich. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo die Mitbestimmung eine vorangegangene Alleinentscheidung des Arbeitgebers voraussetzt, und dieser durch diese Entscheidung den Bereich, den die Regelung erfassen muß, vorgeben kann. Als Beispiel kann die Mitbestimmung bei der Verwaltung einer Sozialeinrichtung dienen. Diese Mitbestimmung bei der Verwaltung einer Sozialeinrichtung setzt die vorherige Entscheidung des Arbeitgebers zur Errichtung einer Sozialeinrichtung voraus. Diese Entscheidung erstreckt sich auch auf den Bereich der Sozialeinrichtung. Damit ist die Ebene vorgegeben.

Die Abgrenzung der Tätigkeit des Gesamtbetriebsrats gegenüber dem Einzelbetriebsrat erfolgt also durch die Prüfung ob die funktionelle Zuständigkeit des Einzelbetriebsrats

1) AP Nr. 63 zu § 611 BGB Gratifikation

2) AP Nr. 64 zu § 611 BGB Gratifikation

3) AP Nr. 66 zu § 611 BGB Gratifikation

überschritten wird oder ob der Einzelbetriebsrat durch eine Regelung den Gestaltungsspielraum für einen anderen Betriebsrat einschränkt. Die Abgrenzung gegenüber dem Konzernbetriebsrat erfolgt durch Zuständigkeitsbestimmung des Konzernbetriebsrats.

1.1.3. Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats

Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats ist der des Gesamtbetriebsrats parallel konzipiert. Sie erstreckt sich auf Angelegenheiten, die mehrere Unternehmen betreffen und die von den Gesamtbetriebsräten nicht innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können. Dieser Wortlaut deutet auf eine dem Gesamtbetriebsrat entsprechende Zuständigkeit hin, nur daß hier an die Stelle des Betriebes das Unternehmen tritt. Auch die innere Struktur des Konzernbetriebsrats entspricht der des Gesamtbetriebsrats. Auf diese parallele Konzeption wird auch in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs¹⁾ zu den §§ 55 - 59 hingewiesen.

Die Unterschiede zwischen Konzernbetriebsrat und Gesamtbetriebsrat bestehen außer in der Tatsache, daß der Gesamtbetriebsrat für das Unternehmen, der Konzernbetriebsrat für den Bereich des Konzerns tätig werden kann, vor allem in zwei Punkten. Für den Konzernbetriebsrat besteht kein Errichtungszwang. Es wird den Gesamtbetriebsräten überlassen, ob sie eine solche Einrichtung schaffen wollen oder nicht. Ein großer Unterschied besteht ferner darin, daß dem Konzernbetriebsrat in Bezug auf den

1) zu BT-DrS VI/1786

Zuständigkeitsbereich die Konzernspitze entspricht, die nicht direkt auf die Arbeitsverhältnisse einwirken kann.¹⁾

Diese Unterschiede sind bei der Übertragung der Zuständigkeitsbestimmung des Gesamtbetriebsrats auf den Konzernbetriebsrat zu berücksichtigen. Ohne Einschränkung ist die Fallgruppe übertragbar, wo der Verhandlungspartner auf der Arbeitgeberseite den Bereich der Regelung vorgeben kann, das ist immer im Bereich freiwilliger Mitbestimmung der Fall. Hier ist der Regelungsbereich Teil der vorgeschlagenen Regelung. Sobald dieser Bereich die Regelungskompetenz des Einzelbetriebsrats und des Gesamtbetriebsrats überschreitet, ist die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats gegeben. Im Bereich erzwingbarer Mitbestimmung gilt das, wie oben ausgeführt, nur wenn der Mitbestimmungstatbestand eine vorhergehende alleinige Entscheidung auf Arbeitgeberseite voraussetzt.

Der Fall, daß durch die Entscheidung eines Betriebsrates in den Bereich eines anderen Betriebsrates eingegriffen wird, ist ebenfalls auf Unternehmensebene übertragbar. Jedoch wird dieser Fall weit seltener vorkommen. Bedingt durch die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen, dürfte kaum jemals eine Ermessensbeschränkung eintreten.

Gegen das Ergebnis dieser Übertragung der Zuständigkeitsbestimmung des Gesamtbetriebsrats auf den Konzernbetriebsrat kann man nun einwenden, daß dem Konzernbetriebsrat damit ein zu geringer Arbeitsbereich verbleibt. Eine Überprüfung dieses Einwands ergibt aber, daß das nicht gegen diese Auslegung spricht. Vielmehr entspricht es der Systematik des Gesetzes, dem Konzernbetriebsrat nur

1) a. A. Fabricius in GK-BetrVG § 58 Rz 12

das Tätigkeitsfeld zu überlassen, daß Einzelbetriebsräte und Gesamtbetriebsräte nicht sachgemäß ausfüllen können. Die Tatsache, daß es den Gesamtbetriebsräten überlassen bleibt, zu entscheiden, ob das Tätigkeitsfeld des Konzernbetriebsrats überhaupt bearbeitet werden soll, zeigt die begrenzte Bedeutung dieser Einrichtung. Bei einer solchen verzichtbaren Institution liegt die Annahme einer begrenzten Zuständigkeit nahe. Auch die Umsetzungsschwierigkeiten von Vereinbarungen zwischen Konzernbetriebsrat und Konzernspitze lassen den Einwand als nicht allzu schwerwiegend erscheinen.

1.1.4. Bedeutung der Kompetenzverteilung für die Arbeitsordnung

Überträgt man nun diese Ergebnisse auf die Arbeitsordnung, so stellt man fest, daß eine originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats im Bereich des typischen Bestandes der Arbeitsordnung nicht denkbar ist und eine des Gesamtbetriebsrats nur für einzelne Punkte der Arbeitsordnung in Betracht kommen kann.

Die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats ist hierbei am deutlichsten festzustellen, wo von der Unternehmensleitung eine Vereinbarung über ein Thema vorgeschlagen wird, daß nicht der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt. Eine Überschreitung der funktionellen Zuständigkeit des Einzelbetriebsrats dürfte für Materien der Arbeitsordnung selten sein. Beispiel für einen Fall, in dem dies vorliegt, ist die Aufstellung einer Parkordnung für einen Parkplatz, der den Angehörigen mehrerer Betriebe zur Verfügung gestellt ist.

Sieht man die Arbeitsordnungen auf Regelungen durch, die für andere Betriebe in dem Sinne vorgreiflich sind, daß sie die Ausübung des Ermessens anderer Betriebsräte beschränken, so kommen angesichts der Regelungssachverhalte nur wenige Fragen in Betracht. Zu denken ist hier etwa an Abrechnungszeiträume und Auszahlungstermine, wenn eine zentrale Lohn- und Gehaltsstelle existiert.¹⁾

Insgesamt ergibt sich aber ein deutliches Überwiegen der originären Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte, so daß es sich empfiehlt, die Arbeitsordnung auf dieser Ebene zu vereinbaren. Soll der Gesamtbetriebsrat Vereinbarungspartner sein, so müßte die Zuständigkeit für einen bedeutenden Teil der Regelungen auf ihn übertragen werden.

Für den Konzernbetriebsrat kommt eine Vereinbarungsbefugnis nur auf Grund übertragener Zuständigkeit in Betracht. Wie sich aus dem Vorangegangenen ergibt, muß dann eine stufenweise Übertragung vom Einzelbetriebsrat auf den Gesamtbetriebsrat und vom Gesamtbetriebsrat auf den Konzernbetriebsrat erfolgen.²⁾

1.2. Der Vereinbarungspartner auf Seiten des Arbeitgebers

Während es auf Seiten der Arbeitnehmer ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen über die Zuständigkeit des Abschlußgremiums gibt (§§ 50,58), fehlen solche ausdrücklichen Vorschriften für die Seite des Arbeitgebers. Im BetrVG ist stets vom

1) Vgl. LAG Berlin v. 10.9.79/DB 79,2091

2) Diese Möglichkeit besteht (Dietz-Richardi § 58 Rz 28). Wenn der Einzelbetriebsrat dem Gesamtbetriebsrat den Auftrag entzieht, entfällt jedoch auch die Grundlage für das Handeln des Konzernbetriebsrats.

Arbeitgeber oder vom Unternehmer die Rede, wobei die Bezeichnung Unternehmer nur in den Vorschriften über die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten vorkommt (§§ 106ff). Für die Dreiteilung Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat, deren Organisationsbereiche Betrieb, Unternehmen und Konzern sind, findet sich auf Seiten des Arbeitgebers keine Entsprechung.

Soweit das Gesetz zwischen Arbeitgeber und Unternehmer unterscheidet, ist dies kein Unterschied in der Person, sondern in der Funktion. Es handelt sich also immer um dieselbe natürliche oder juristische Person.

Auch die Unterscheidung von Betrieb und Unternehmen, von der das Gesetz bei der Errichtung des Betriebsrats (§ 1) und des Gesamtbetriebsrats (§ 47 I) ausgeht, bezieht sich zunächst auf die Funktion. Die mit dem Begriff Unternehmen beschriebene Funktion bedingt aber, daß das Unternehmen in der Lage sein muß, Verbindlichkeiten einzugehen. Die als Unternehmen bezeichnete Funktionseinheit ist also immer rechtsfähig. Decken sich Betrieb und Unternehmen in ihrer räumlichen, sächlichen und personellen Ausdehnung, so wird die Fähigkeit Rechtsträger zu sein, durch die Bezeichnung als Unternehmen erfaßt. Eine Person, die als Vertragspartner in Frage kommt, findet sich damit immer auf Unternehmensebene.

Der Vereinbarungspartner auf Seiten des Arbeitgebers ist damit immer der Unternehmensträger. Handelt es sich um eine juristische Person oder um eine natürliche Person, die vertreten werden muß oder will, gibt die Erklärung diejenige Person oder die Personen ab, die für die laufenden Geschäfte vertretungsbefugt sind.

2. Die Außenschranken

Die Außenschranken sind überschritten, wenn die geregelte Frage nicht zum Aufgabenbereich des Betriebsrates gehört. Dabei geht es um die Frage, ob das geregelte Thema einer Regelung durch Betriebsvereinbarung offensteht.

Die Frage könnte unproblematisch sein, weil Einigkeit darüber besteht, daß eine Betriebsvereinbarung nur dort abgeschlossen werden darf, wo eine entsprechende Ermächtigung besteht. Die Ermächtigung, die nach h. M., soweit keine ausdrückliche Kompetenznorm besteht, in § 88 BetrVG enthalten ist,¹⁾ enthält aber keine inhaltliche Begrenzung. Zwar bezieht sich diese Vorschrift zunächst nur auf die Regelung sozialer Angelegenheiten, unter Hinweis auf § 99 II Nr. 1 und § 102 III Nr. 2 wird aber eine umfassende Ermächtigung angenommen, durch Betriebsvereinbarung sämtliche Arbeitsbedingungen zu regeln.²⁾

Auch die Beschränkung durch die Funktion des Betriebsrats stellt keine wesentliche Verengung der Ermächtigung dar. Der Aufgabenbereich des Betriebsrates wird als die gesamten Arbeitsbedingungen umfassend angesehen.³⁾ Wesentlich ist nur, daß ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis besteht.

Damit ergibt sich, daß die Außenschranken für die Vereinbarung einer Arbeitsordnung kein Problem darstellen. Soweit

1) Löwisch AuR 78,97 (99)

Säcker AR-Blattei Betriebsvereinbarung I C III
a. A. Kreutz Grenzen, S. 222

2) a. A. Richardi Kollektivgewalt, S. 319f

3) BAG v. 16.3.56/E 3,1 (4)
Kreutz Grenzen, S.2

sich die Regelungen auf § 87 I stützen, sind die Außenschranken durch die ausdrückliche Zuweisung des Regelungsgehalts ebenfalls bezeichnet. Diese Regelungen können die Außenschranken nicht überschreiten. Auch die sonstigen, im übrigen auch häufig mit den Materien des § 87 I BetrVG in Zusammenhang stehenden Regelungen, sind inhaltlich im Bereich der Arbeitsbedingungen angesiedelt.

3. Die Innenschranken

Die Innenschranken betreffen die Ausgestaltung der Regelung im einzelnen. Damit ist gemeint, daß in die persönliche Entfaltung der Arbeitnehmer nicht mehr als für einen geordneten Betriebsablauf notwendig eingegriffen werden soll. Die noch über die Beschränkung der Gestaltung hinausgehende Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu fördern, ist in § 75 II ausdrücklich niedergelegt. Damit ist eine innere Schranke von Betriebsvereinbarungen im Gesetz formuliert.

Die überwiegende Anzahl der Vorschriften der Arbeitsordnung erlegt den Arbeitnehmern Pflichten auf. Die Gefahr liegt auf der Hand, daß die Regelungen über das hinausgehen, was Betriebsrat und Arbeitgeber als den einzelnen belastende Norm setzen dürfen. So werden einige für Arbeitsordnungen typische Regelungen, wie zum Beispiel die Beschränkung von Nebentätigkeiten¹⁾, die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Vollendung des 65. Lebensjahres und das Abtretungs-

-
- 1) Karakatsanis Gestaltung, S. 93
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 78
- 2) Canaris AuR 66,129 (134)
Dietz-Richardi § 77 Rz 88
Kreutz Grenzen, S. 249f

verbot¹⁾ mit Recht auch unter diesem Aspekt diskutiert.

Mit welchen Maßstäben eine Überschreitung der Innenschranken zu messen ist, wird uneinheitlich und zum Teil mit wiederum wertungsausfüllungsbedürftigen Begriffen dargestellt.

Außer um die schon genannten problematischen Fälle geht es vor allem um Eingriffe in Rentenanwartschaften²⁾, aber auch im Anschluß an die berühmte BAG-Entscheidung³⁾ zu dieser Frage um den Haftungsausschluß⁴⁾.

Hinzu kommt die allgemeine Frage, ob der Inhalt von Betriebsvereinbarungen generell auf seine Billigkeit zu untersuchen ist.⁵⁾ Die Bejahung dieser Frage führt zu erneuten Schwierigkeiten, denn dann müssen Billigkeitsmaßstäbe entwickelt werden.

-
- 1) BAG v. 20.12.57/AP Nr. 1 zu § 399 BGB
Canaris AuR 66,129 (133)
Dietz-Richardi § 77 Rz 82
Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rz 36
Galperin-Löwisch § 77 Rz 51
Kreutz Grenzen, S. 249
Thiele GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 76
 - 2) BAG v. 30.1.70/E 22,252
Dietz-Richardi § 77 Rz 84
Kreutz Grenzen, S. 250
 - 3) v. 5.3.59/E 7,280
 - 4) Kreutz Grenzen, S. 249
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 85
 - 5) bejahend: BAG v. 30.1.70/E 22,252 (266f)
BAG v. 8.12.81/DB 82,46 (47)
Dietz-Richardi § 77 Rz 77
Galperin-Löwisch § 77 Rz 54
ablehnend: Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rz 73
Kreutz ZfA 75,65ff
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 Rz 69

Dazu ist zunächst festzuhalten, daß bei den Arbeitsordnungsregelungen aus dem Bereich des § 87 I Nr. 1 trotz der Gefahr überspannter Verhaltensanforderungen tatsächlich kaum Anlaß besteht, die Überschreitung der Innenschranken in Erwägung zu ziehen. Insbesondere bei den Kontrollvorschriften, bei denen diese Gefahr zu besorgen ist, finden sich Ausgestaltungen, denen man das Bewußtsein der Gegenwart dieser Gefahr anmerkt.

Hingegen sind gerade die oben genannten Nebentätigkeits- und Befristungsregelungen¹⁾, die gerade deshalb so viel diskutiert werden, weil ein Eingriff offensichtlich ist, häufig anzutreffen.

Hier soll aber nur auf diese Problematik hingewiesen werden, ein Konzept zur Frage der Innenschranken kann angesichts des Umfangs, den die Bearbeitung dieser Frage auf Grund ihrer Bedeutung und ihrer vielfachen Bezüge erfordert, im Rahmen dieser Untersuchung nicht entwickelt werden.²⁾

-
- 1) Die Nebentätigkeits- und Befristungsregelungen sind, wie oben (S. 179ff und 183f) dargelegt, nicht § 87 I Nr. 1 zuzuordnen. Beim Lohnabtretungsverbot ist die Problematik wie bei der Zugangsfiktion zu sehen. (Vgl. oben S. 195f). Ich halte es für eine Materie des § 87 I Nr. 1.
 - 2) Es sei auf die dazu vorhandenen ausführlichen Schriften verwiesen.
Blomeyer Das Obermaßverbot im Betriebsverfassungsrecht FS BAG, S. 17
Karakatsanis Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und seine Grenzen, 1963
Kreutz Grenzen der Betriebsautonomie, 1979
Richardi Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968
Rüthers Betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht und Individualbereich, in: Rüthers/Boldt Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, 1970
Siebert Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, FS Nipperdey 1955, S. 119

4. Der Gesetzes- und Tarifvorbehalt

4. 1. Der Gesetzesvorbehalt

Ein Gesetzesvorbehalt ist nur in § 87 I vorgesehen. Trotzdem gilt aber ein Gesetzesvorbehalt für alle Betriebsvereinbarungen. Er ergibt sich nämlich für zwingende Gesetzesvorschriften schon daraus, daß Gesetze gegenüber Betriebsvereinbarungen höherrangiges Recht darstellen. Weicht eine Betriebsvereinbarung von zwingendem Gesetzesrecht ab, ist sie schon von daher nichtig.

Soweit es um dispositive Gesetze geht, können Abweichungen grundsätzlich vereinbart werden. Freiwillige Betriebsvereinbarungen sind von daher möglich.

Fraglich ist aber, ob dispositives Recht auch als Schranke für die Mitbestimmung nach § 87 I wirkt. Für diesen Bereich wird heute überwiegend angenommen, daß sich der Gesetzesvorbehalt nicht darauf erstreckt.¹⁾

Dagegen spricht, daß der Gesetzesvorbehalt dadurch nur eine geringe Bedeutung hat.

Es wird aber mit Recht darauf hingewiesen, daß bei anderem Verständnis des Gesetzesvorbehalts die Möglichkeit eröffnet wäre, vom Gesetzeswortlaut abweichende, für den Arbeitnehmer

1) Dietz-Richardi § 87 Rz 117
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 10
Galperin-Löwisch § 87 Rz 45
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 32
Säcker ZfA Sonderheft 72,41 (61)
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 32
BAG v. 29.3.77/E 29,103 (109)
a. A. Boewer DB 73,522 (524)

ungünstige Einzelvereinbarungen zu treffen, und der durch die Mitbestimmungs garantierte Schutz dabei nicht wirksam werden könnte.

Bei der Ermittlung der Bedeutung des Gesetzesvorbehalts für die Arbeitsordnung ist also zwischen zwingendem und dispositivem Recht zu unterscheiden. Dispositives Recht kann durch Betriebsvereinbarungen abgelöst werden. Eine Abweichung von zwingendem Recht ist nicht möglich. Wird der Gesetzestext in die Arbeitsordnung übernommen, so stellt sich die Frage nach der Gültigkeit als Betriebsvereinbarung nicht. Denn eine normative Einwirkung auf Arbeitsverhältnisse ist ohnehin gegeben. Die in Arbeitsordnungen häufig erfolgenden Verweise auf geltendes Recht sind ebenfalls unproblematisch. Sie enthalten keinen eigenen Regelungsgehalt.

4.2. Der Tarifvorbehalt

Ein Tarifvorbehalt ist sowohl in § 77 III als auch in § 87 I enthalten. Worauf sich diese Tarifvorbehalte im einzelnen erstrecken, ist außerordentlich streitig, und zwar sowohl, soweit es von den tariflichen Regelungen abweichende Betriebsvereinbarungen angeht, als auch für die Übernahme tariflicher Regelungen.

4.2.1. Abweichende Betriebsvereinbarungen

Von Tarifverträgen abweichende Arbeitsordnungen sind insbesondere dann möglich, wenn der Tarifvertrag Rechtsnormen über betriebliche Fragen enthält. Für eine Regelung dieser Fragen besteht überdies die Besonderheit, daß für ihre

Geltung bereits die Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht (§ 3 II TVG), so daß, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist, immer ein Tarifvertrag sowohl i. S. d. § 77 III als auch i. S. d. § 87 I besteht.¹⁾

Einige als Beispiele für betriebliche Fragen genannte Themen finden sich auch in Arbeitsordnungen, so Schutzmaßnahmen, Kontrollmaßnahmen, Sicherung eingebrachter Sachen.²⁾

Um die Rechtmäßigkeit und damit Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung in Hinsicht auf den Tarifvorbehalt zu überprüfen, ist zunächst festzustellen, ob eine tarifliche oder tarifübliche Regelung besteht, so daß einer der Vorbehalte des § 77 III oder § 87 I eingreifen könnte.

Gibt es eine tarifliche oder tarifübliche Regelung, die sich mit dem Thema befaßt, dessen Regelung auf Betriebsebene beabsichtigt ist, so können je nach Lage des Falles im einzelnen folgende Rechtsfragen zu prüfen sein: Schließt der Vorbehalt des § 87 I eine Regelung oder nur die Erzwingbarkeit einer Regelung aus? Ist § 77 III auf Regelungen aus dem Bereich des § 87 I anwendbar? Betrifft § 77 III nur materielle Angelegenheiten oder auch formelle?

Keine dieser Fragen braucht geklärt zu werden, wenn eine Materie betroffen ist, die nicht unter § 87 I fällt und eine materielle Angelegenheit ist. In diesem Fall greift unstreitig der Tarifvorbehalt des § 77 III ein.

-
- 1) Wann das Bestehen eines Tarifvertrages im Sinne von § 87 I anzunehmen ist, ist umstritten. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß bei Geltung des Tarifvertrages nach § 3 II TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht. So Dietz-Richardi § 87 Rz 126
Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 13
Galperin-Löwisch § 87 Rz 56
Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 41
Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 35
 - 2) Nikisch wies schon bei Erlaß des TVG in BB 50,538 (539) auf die mögliche Parallellität von Regelungen über betriebliche Fragen in Tarifverträgen und in Arbeitsordnungen hin.

Soll eine formelle Angelegenheit auf der Grundlage des § 88 geregelt werden, so ist gegebenenfalls zu klären, ob § 77 formelle Angelegenheiten erfaßt.

Auf die Frage, ob der im § 87 I enthaltene Vorbehalt lediglich die Erzwingbarkeit der Regelung ausschließt oder eine betriebliche Regelung ganz und gar unmöglich macht, kommt es nur dann an, wenn man § 77 III nur auf materielle Arbeitsbedingungen bezieht. Bezieht man nämlich alle Arbeitsbedingungen ein, so liegt bei einem Tarifvertrag im Sinne von § 87 I immer auch ein Tarifvertrag im Sinne des § 77 III vor. Die Frage erübrigt sich dann. Bezieht man aber § 77 III nur auf materielle Angelegenheiten und läßt gleichzeitig trotz des Vorbehalts in § 87 I eine freiwillige Regelung über die Themen des § 87 I zu, dann ist eine freiwillige Regelung über formelle Angelegenheiten immer möglich.

Eine Entscheidung der Frage, ob § 77 III auf eine Regelung über ein Thema des § 87 I anwendbar ist, wird im umgekehrten Fall nötig. Hier besteht kein Vorbehalt nach § 87 I, aber der nach § 77 III. Diese Konstellation ist dann gegeben, wenn der Arbeitgeber an den bestehenden Tarifvertrag nicht gebunden ist oder lediglich üblicherweise eine tarifliche Regelung erfolgt. Bejaht man die Frage, so ist, wenn es sich um eine formelle Angelegenheit handelt, klärungsbedürftig, ob sich § 77 III auf formelle Angelegenheiten erstreckt.

Bei dem Versuch der Klärung dieser Fragen stellt man alsbald fest, daß zwischen den Problemen ein enger Zusammenhang besteht. Im Grunde kann man keine Streitfrage entscheiden, ohne daß man auf das Gesamtkonzept des Verhältnisses von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung eingeht. Dennoch werden natürlich auch Argumente angeführt, die nicht schon

die Entscheidung einer anderen Frage beinhalten. Deshalb sollen hier die Probleme kurz schwerpunktmäßig behandelt werden, bevor auf die zugrundeliegenden Konzepte eingegangen wird.

Besondere Bedeutung hat die Frage des Umfangs des Vorbehalts in § 77 III. Dieser Vorschrift ist eine erweiterte Fassung des § 59 BetrVG 52. Zu § 59 BetrVG 52 war es ganz überwiegende Meinung, daß unter sonstigen Arbeitsbedingungen nur materielle Arbeitsbedingungen zu verstehen sind.¹⁾ Auch zu § 77 III überwiegt die Ansicht, der Tarifvorbehalt beziehe sich nur auf materielle Arbeitsbedingungen.²⁾

Als Begründung wird insbesondere auf den sich aus der Formulierung ergebenden Zusammenhang der sonstigen Arbeitsbedingungen mit dem Arbeitsentgelt, auf die Kenntnis des Gesetzgebers des BetrVG von der h. M. zu § 59 BetrVG 52 und auf das Konzept zum Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung verwiesen.

1) BAG v. 13.11.64/AP Nr. 25 zu § 56 BetrVG (52)

BAG v. 21.2.67/AP Nr. 26 zu § 59 BetrVG (52)

Hueck-Nipperdey-Säcker LB II, 2 S. 1396f

Neumann-Duesberg S. 470

Nikisch III, S. 385

Zöllner FS Nipperdey 65, S. 699 (706)

2) Boewer DB 73, 522 (526)

Dietz-Richardi § 77 Rz 186

Galperin-Löwisch § 77 Rz 75

Hanau RdA 73, 281 (283)

Kammann-Hess-Schlochauer § 77 Rz 72

v. Stebut RdA 74, 332 (339)

Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 90

LAG Berlin v. 15.6.77/DB 78, 117 (118)

abweichend: Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rz 51 (Sonstige Arbeitsbedingung ist alles, was Inhaltsnorm eines Tarifvertrages sein kann.)

a. A. Säcker ZfA Sonderheft 72, 41 (66)

Gegen diese Unterscheidung im Rahmen des § 77 III wird geltend gemacht, es fehle dafür an einer gesetzlichen Grundlage. Zudem sei es schwierig, zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen zu unterscheiden. Auch die Schwierigkeit bei formellen Arbeitsbedingungen einen Günstigkeitsvergleich vorzunehmen, wozu man bei Fehlen einer Sperre gezwungen sei, spräche dagegen.

Man kann zunächst vom Wortlaut des § 77 III ausgehen. § 77 III nennt "sonstige Arbeitsbedingungen". Dieser Wortlaut umfaßt, losgelöst vom Kontext, zunächst alle Arbeitsbedingungen, also sowohl materielle als auch formelle. Häufig wird zwar aus dem Zusammenhang mit dem Arbeitsentgelt geschlossen, es müsse sich bei den sonstigen Arbeitsbedingungen um dem Arbeitsentgelt ähnliche, also materielle Arbeitsbedingungen, handeln, dies ist aber wenig überzeugend.

Aus der Formulierung ist lediglich zu schließen, daß auch das Arbeitsentgelt eine Arbeitsbedingung ist. Da das ohnehin keiner bezweifelt, kann man nun einwenden, die Formulierung habe keine Aussagekraft, wenn nicht dem Arbeitsentgelt ähnliche Arbeitsbedingungen gemeint seien, jedoch kann man, um eine Aussage zu finden, nicht einfach eine unterstellen, für die es ansonsten keinen Anhaltspunkt gibt.

Aussagekräftiger ist die Entstehungsgeschichte. § 77 III enthält die erweiterte Übernahme des § 59 BetrVG 52, der nach h. M. nur materielle Arbeitsbedingungen umfaßte.¹⁾ Es kann hier dahinstehen, wie stichhaltig diese Ansicht

1) Vgl. oben S. 260 Fn 1

damals begründet worden ist, sie war aber mit Sicherheit dem Gesetzgeber bekannt, weil sie als ein Grundprinzip des Betriebsverfassungsgesetzes angesehen wurde. Mit Recht stellt deshalb Konzen fest, daß eine Veränderung des damals anerkannten Gehalts des § 59 BetrVG 52 bei der Übernahme als § 77 III nur angenommen werden kann, wenn der Nachweis geführt wird, daß sich das Konzept des Gesetzgebers zum Verhältnis von betrieblicher Regelung und Tarifvertrag so geändert hat, daß sich diese Veränderung auf das Verständnis der "sonstigen Arbeitsbedingungen" auswirkt.¹⁾

Dazu wird geltend gemacht, die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen sei dadurch entfallen, daß in den Katalog des § 87 I materielle Arbeitsbedingungen aufgenommen worden seien. Dies könnte eine entscheidende Umgestaltung des legislatorischen Konzepts sein. Zu § 56 I BetrVG 52 hatte sich nämlich die Lehre durchgesetzt, daß ihm nur formelle Arbeitsbedingungen unterfielen. So ergab sich ganz unproblematisch eine Trennungslinie. Im Bereich der formellen Angelegenheiten galt § 56 I, bei den materiellen § 59 BetrVG 52. Dadurch konnte im Bereich des § 56 I BetrVG 52 kein regelungsfreier Raum entstehen.

Diese Trennung ist nach dem Konzept des BetrVG nicht mehr möglich. § 87 I enthält sowohl formelle als auch materielle Arbeitsbedingungen, Ob dadurch ein regelungsfreier Raum entstehen kann, hängt allerdings von der Frage ab, ob § 77 III bei Regelungen auf der Basis des § 87 I anwendbar ist. Schaltet man § 77 III hier aus, so muß immer eine Regelung oder die Möglichkeit der Erzwingbarkeit einer Regelung im Betrieb vorhanden sein. Wird § 77 III angewandt,

1) BB 77,1307 (1311)

so ist allerdings der Fall einer betrieblichen Regelungslücke denkbar. Hier hängt dann der Umfang des regelungsfreien Raums von der Frage ab, ob § 77 III auch formelle Regelungen umfaßt. Argumentiert man also hier, die möglichst lückenlose innerbetriebliche Regelung erfordere § 77 III nur auf materielle Arbeitsbedingungen anzuwenden, so muß man in der Tat zunächst zur Frage der Anwendung des § 77 III im Bereich des § 87 I Stellung nehmen.

Hier erfordert die Auseinandersetzung mit der Argumentation nun bereits die Einbeziehung auch anderer Streitfragen, die mit dem gesamten Regelungskomplex "Verhältnis Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung" zu tun haben.

Ähnlich ist es mit dem Argument, die Beschränkung des Tarifvorbehalts des § 77 III ergebe sich aus der Aufgabenverteilung zwischen Tarifvertragsparteien und betrieblichen Regelungsinstanzen. Die Koalitionen seien für die überbetriebliche Ordnung zuständig, die sich vornehmlich auf materielle Arbeitsbedingungen beziehe, die Betriebe für die konkrete betriebliche Ordnung.¹⁾ Diese Aufgabenverteilung kann nämlich nur aus dem Zusammenhang der Regelungen geschlossen werden.

Bei der Frage, ob der Vorbehalt des § 87 I nur die Erzwingbarkeit einer Regelung ausschließt oder auch die Möglichkeit einer Regelung, stoßen wir noch schneller auf Argumente, die vom Gesamtkonzept des Gesetzes zur Beziehung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung abhängen, also die Einbeziehung anderer Streitfragen erfordern.

Daß diese Fragestellung überhaupt nur Sinn hat, wenn man materielle Arbeitsbedingungen als sonstige Arbeitsbedingungen

1) So Boewer DB 73,522:(526)

im Sinne des § 77 III ansieht, wurde schon oben gesagt.

Überwiegend wird angenommen, daß bei Bestehen eines Vorbehaltes nach § 87 I eine Regelung auf der Grundlage des § 88 möglich ist, d. h. formelle Angelegenheiten sind immer freiwillig regelbar.¹⁾

Hierzu wird ausgeführt, der Vorbehalt des § 87 I beruhe darauf, daß bei Tätigwerden der Gewerkschaften die Mitbestimmung entbehrlich sei. Diesem Sinn stünden freiwillige Betriebsvereinbarungen nicht entgegen. Die Schwierigkeiten, die durch das Nebeneinanderbestehen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen entstünden, seien zu bewältigen. Der dann erforderlich Günsitgkeitsvergleich (§ 4 III TVG) sei zumeist möglich. Soweit die Möglichkeit des freiwilligen Abschlusses einer Betriebsvereinbarung bei Bestehen eines Vorbehalts nach § 87 I abgelehnt wird, wird zumeist auf die Gefahr der Aushöhlung der Tarifverträge hingewiesen.

1) Boewer DB 73,522 (525)

Fitting-Auffarth-Kaiser § 87 Rz 11

Galperin-Löwisch § 87 Rz 43

Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 42

Konzen BB 77,1307 (1310)

Möll Tarifvorrang, S. 32

Wiese in GK- BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 34

zu § 56 BetrVG 52:

Dietz im Anschluß an BAG AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Akkord

Neumann-Duesberg im Anschluß an BAG AP Nr. 24 zu

§ 59 BetrVG (52)

Schelp DB 62,1242 (1243)

BAG v. 31.1.69/E 21,332 (336)

a. A.:

Säcker ZfA Sonderheft 72,41 (66f)

Steger-Weinspach § 87 Rz 33

zu § 56 BetrVG 52:

Hueck-Nipperdey-Säcker Lb II,2 S. 1394

BAG v. 15.5.64/E 16,31 (LS 5)

Der Wortlaut der Vorschrift ist wenig aussagekräftig.¹⁾
Kehrt man den Satz ins Negative, so kann die Verneinung sowohl ein Nicht-Dürfen als auch ein Nicht-Können bedeuten.

Da die Frage auch schon zum gleichlautenden Vorbehalt des § 56 I BetrVG 52 kontrovers beurteilt worden ist²⁾, kann auch nicht die Behauptung aufgestellt werden, der Gesetzgeber habe eine bestimmte Ansicht in seinen Willen aufgenommen, indem er sich zu dieser Frage nicht äußerte. Versucht man nun, aus Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift Aufschlüsse zu gewinnen, so wird die Einbeziehung des gesamten Regelungskomplexes nötig.

Die Frage, ob bei Regelungen aus dem Bereich des § 87 I auch der Vorbehalt des § 77 III anzuwenden ist, hängt mit der vorausgegangenen Frage eng zusammen. Das wird schon deutlich, wenn man die Vertreter der kontroversen Meinungen mit dem Meinungsstand bei der vorigen Frage vergleicht. Die Vertreter der auch als Zwei-Schranken-Theorie bezeichneten Meinung³⁾ sind zumeist auch der Ansicht, daß eine freiwillige Betriebsvereinbarung über ein Thema des § 87 I bei Eingreifen des Vorbehalts möglich ist. Die Zwei-Schranken-Theorie selbst wird aber nur bedeutsam, wenn dieser Vorbehalt nicht besteht, diese erste "Schranke" also überwunden ist. Dann soll die Möglichkeit einer Betriebsvereinbarung noch an § 77 III, der zweiten Schranke, gemessen werden.

1) A. A. Boewer DB 73,522 (525)

2) S. o. S. 264 Fn 1

3) Boewer DB 73,522 (525)

Dietz-Richardi § 77 Rz 180

Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rz 52

Galperin-Löwisch § 77 Rz 76

Hanau BB 77,350 (350)

Kirchner BB 72,1279 (1280f)

v. Stebüt RdA 74,332 (340)

Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 92

Wiese in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 28

Dagegen wird behauptet, § 87 I gehe § 77 III als speziellere Regelung vor, habe insofern Vorrang (Vorrangtheorie).¹⁾

Auch hier sind die Argumente kaum von anderen Streitfragen losgelöst zu verwerten. Soweit darauf hingewiesen wird, der Vorbehalt des § 87 I sei bei Anwendung des § 77 III überflüssig, gilt das nur, wenn man § 77 III auf alle Arbeitsbedingungen bezieht. Der Verweis darauf, daß allein diese Ansicht einen lückenlosen Schutz der Arbeitnehmer bewirke, erfordert wiederum die Auseinandersetzung mit der Frage, ob hier nicht der Gedanke des Schutzes der Arbeitnehmer mit anderen Zielvorstellungen des Gesetzes kollidiert und zurücktreten muß.

Hier werden gesetzgeberische Ziele deutlich, an denen man die Entscheidung der einzelnen Fragen ausrichten muß. Einerseits soll in dem vom Gesetzgeber umschriebenen Bereich ein besonderer Schutz der Arbeitnehmer verwirklicht werden, andererseits wird aber das Betreiben erkennbar, die Tarifautonomie vor einem Unterlaufen durch innerbetriebliche Regelungen zu schützen. Zwischen beiden Zielen ist ein Ausgleich zu finden.

Das Bestreben nach einer gewissen Ausgewogenheit bei der Berücksichtigung dieser Interessen bedingt, daß die Entscheidung einer Streitfrage weitgehend die Entscheidungen der anderen Streitfragen impliziert. Es ergeben sich im wesentlichen zwei Konzepte der Aufgabenverteilung.

Dabei entspricht es dem einen Konzept, die Aufgabenverteilung nach der Art der geregelten Materie vorzunehmen. Dabei

1) Fabricius RdA 73,125 (126)
Farthmann RdA 74,65 (71f)
Gnade-Kehrmann-Schneider § 77 Rz 9
Reuter SAE 76,15 (17f)
Säcker ZfA Sonderheft 72,41 (65)
Simitis-Weiß DB 73,1240 (1247)

soll der Schwerpunkt der Regelung formeller Angelegenheiten im Betrieb liegen, während die Regelung materieller Angelegenheiten auf überbetrieblicher Ebene bei den Tarifparteien liegen soll. Das wird dadurch bewirkt, daß § 77 III nur auf eine Regelung über materielle Arbeitsbedingungen angewandt wird. Der Vorbehalt des § 87 I wird dagegen nur auf die Erzwingbarkeit einer Regelung bezogen. So sind unabhängig vom Bestehen eines Tarifvertrages immer freiwillige Betriebsvereinbarungen über formelle Arbeitsbedingungen möglich. Bei materiellen Arbeitsbedingungen gilt hingegen der weitgehende Vorbehalt des § 77 III, d. h., selbst wenn im Betrieb kein Tarifvertrag angewendet werden kann, sind solche Regelungen ausgeschlossen, sofern eine tarifliche oder tarifübliche Regelung außerhalb besteht.

Nach der anderen Ansicht vollzieht sich die Aufgabenteilung nicht vom Thema her. Vielmehr ergibt sich ein Vorrang des Tarifvertrages unabhängig vom Thema, immer wenn ein Tarifvertrag im Betrieb tatsächlich gilt. Der Betriebsrat darf dann nicht tätig werden. Im Bereich freiwilliger Regelung darf er schon dann nicht tätig werden, wenn eine tarifliche Regelung besteht oder wenn eine Regelung dieser Frage üblicherweise durch Tarifvertrag erfolgt. Hier besteht also im Bereich des § 87 I immer die Möglichkeit des Schutzes durch Kollektivvereinbarung. Dieses Konzept wird dadurch verwirklicht, daß § 77 III, der sich auf alle Arbeitsbedingungen bezieht, im Bereich des § 87 I nicht angewandt wird. Der Vorbehalt des § 87 I schließt jedes Tätigwerden des Betriebsrates aus.

Machen wir uns deutlich, daß ein wesentlicher Zweck der Betriebsverfassung und auch des Tarifvertragssystems im Schutz der Arbeitnehmer liegt, so erscheint das zweite

Konzept vorzugswürdig. Nur dieses Konzept sichert, daß gerade in dem Bereich, dessen besondere Bedeutung durch die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats manifestiert wurde, eine Kollektivvereinbarung besteht oder erzwungen werden kann.

Die gegen diese Lösung erhobenen Bedenken greifen insbesondere dann nicht durch, wenn man bereit ist die Lösungen der einzelnen Fragen im Zusammenhang des Konzepts zu betrachten.

Gelegentlich wird behauptet, diese Auslegung widerspräche dem Gedanken des Schutzes der Tarifaufonomie. Denn es sei möglich, daß durch innerbetriebliche Regelungen Entscheidungen auf überbetrieblicher Ebene vorgegriffen werde. Diese Gefahr besteht zwar, es bleibt den Tarifparteien aber unbenommen, jederzeit eine eigene Regelung an die Stelle der betrieblichen Regelung zu setzen. Die Betriebsparteien machen nur von subsidiären Rechten Gebrauch. Vor allem Reuter¹⁾ hat auch darauf hingewiesen, daß diese Gefahr angesichts der engen Verflechtung von Betriebsräten und Gewerkschaften nicht allzu hoch einzuschätzen ist.

Es ist auch nicht ersichtlich, wieso das erste Konzept die Tarifaufonomie stärker schützt. Nach diesem System ist es nämlich für einen Arbeitgeber günstig, sich der Tarifbindung zu entziehen, denn er hat, wenn lediglich der § 77 III sperrt, aber nicht der § 87 I, ein Alleinbestimmungsrecht, soweit sich § 87 I mit dem Direktionsrecht deckt.

Auch schützt das erste Konzept die Tarifaufonomie nur für die Regelung materieller Arbeitsbedingungen, während es

1) SAE 76,15 (18)

die Rolle der Tarifparteien für die Regelung formeller Angelegenheiten gerade untergräbt. Wieso der Schutz der Tarifautonomie in dieser Weise beschränkt wird, ist aber nicht klar. Es gibt nämlich keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Schutz der Tarifautonomie einen Vorrang bei materiellen Arbeitsbedingungen erfordert, nicht aber bei formellen. Das Gesetz erlaubt nämlich den Betriebsparteien und Tarifparteien gleichermaßen die Regelung materieller und formeller Arbeitsbedingungen. Das ist für den Tarifvertrag im TVG festgelegt und ergibt sich für die Betriebsvereinbarung aus der weiten funktionellen Zuständigkeit.

Daß die Betriebsvereinbarungsparteien häufiger formelle, die Tarifvertragsparteien häufiger materielle Arbeitsbedingungen regeln, ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus der historischen Entwicklung und aus praktischen Erwägungen, insbesondere auch aus den unterschiedlichen Machtmitteln. Außerdem besteht für betriebliche Fragen seltener ein Bedürfnis zur überbetrieblichen Regelung. Nehmen die Tarifvertragsparteien aber ein solches Bedürfnis an, so ist ihre Entscheidung als Ausfluß der Tarifautonomie schutzwürdig. Die Flexibilität kann durch Öffnungsklauseln erhalten werden.

Soweit auf das Konzept des BetrVG 52 verwiesen wird, kann dies angesichts der Veränderungen nicht mehr als Einwand gelten. § 87 I enthält im Gegensatz zu § 56 I BetrVG 52 auch materielle Arbeitsbedingungen. Dies ist zwar keine völlige Umgestaltung, sondern eine Erweiterung. Deshalb wird eingewandt, es habe keine entscheidende Wandlung stattgefunden. Es seien zwar zusätzlich materielle Angelegenheiten aufgenommen worden, aber nur solche, die eine enge Beziehung zu formellen Arbeitsbedingungen hätten. Es habe eine Verschiebung stattgefunden, die das System aber nicht verändert habe.¹⁾

1) Konzen BB 77,1307 (1321)

Betrachtet man aber die Folgen dieser Veränderung für das ganze System, so wird deutlich, daß die alten Prinzipien sich nicht ungeprüft übernehmen lassen. Damals wurde der lückenlose Schutz im Bereich des § 56 I BetrVG 52 gerade dadurch erreicht, daß man § 59 BetrVG 52 nur auf materielle Arbeitsbedingungen bezog. Beim heutigen System hat diese Anwendung im Zusammenspiel mit der Erstreckung des § 77 III auf § 87 I den entgegengesetzten Effekt. Während der Umfang der einzelnen Regelungsvorbehalte früher die Möglichkeit einer kollektiven im Betrieb anwendbaren Regelung über die als besonders wichtig angesehenen betriebsnahen Fragen garantierte, können sich nun Regelungslücken ergeben.

Die auftretenden Lücken sind nicht unerheblich. Die Aufnahme dieser Arbeitsbedingungen in den Katalog des § 87 I spricht vielmehr für ihre Erheblichkeit.

Hiermit erweist sich der Hinweis auf den Meinungsstand zum Betriebsverfassungsgesetz, auch soweit dieser eindeutig war, nicht als stichhaltig. Die Veränderungen bedingen, daß die Kollisionen zwischen betrieblicher und überbetrieblicher Regelung erneut überdacht werden können und müssen.

Diese Ergebnisse sind auch für Arbeitsordnungen bedeutsam. Sie enthält überwiegend formelle Arbeitsbedingungen. Diese Tatsache heißt aber nicht, wie es die wohl h. M. sagt, daß sie insoweit immer wenigstens freiwillig zustandekommen kann. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob ein Thema des § 87 I betroffen ist oder nicht. Gilt ein Tarifvertrag im Betrieb, so ist jede Regelung ausgeschlossen. Besteht eine tarifliche Regelung, aber ist der Arbeitgeber nicht tarifgebunden, oder ist die Regelung lediglich tarifüblich, so kommt es darauf an, was Thema der erstrebten Betriebsvereinbarung ist. Gehört es zu den Tatbeständen des § 87 I

können die Beteiligten eine Regelung erzwingen, ansonsten ist eine Vereinbarung nicht möglich. Für etwa in der Arbeitsordnung enthaltene Regelungen materieller Arbeitsbedingungen gilt das genauso.

4.2.2. Übernehmende Betriebsvereinbarungen

Vorschriften, die die Geltung tariflicher Regelungen anordnen, sind in Arbeitsordnungen häufig. Manchmal ist nicht klar erkennbar, ob es sich um einen bloßen Hinweis auf die Existenz der tariflichen Vorschriften handelt, oder ob die Erstreckung auf alle Betriebsangehörigen gewollt ist. Eindeutig im Sinne einer Übernahme ist z. B. § 2 des Musters für eine Arbeitsordnung, das von der Landesvereinigung der industriellen Arbeitsgeberverbände Nordrhein-Westfalens herausgegeben worden ist¹⁾. Dort heißt es: "Die für die Firma (den Betrieb) räumlich und fachlich zuständigen Tarifverträge gelten ohne Rücksicht auf die Tarifgebundenheit für alle Mitarbeiter, die unter den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen,"

Angesichts des Tarifvorrangs ist aber zweifelhaft, ob eine solche Regelung wirksam ist.²⁾

Auch das Problem der Gültigkeit einer übernehmenden Regelung ergibt sich aus dem Tarifvorrang. Die unterschiedlichen Ansichten über den Tarifvorrang schlagen auch auf diese Frage durch. Die Übernahme kann immer nur soweit ausgeschlossen sein, wie der Tarifvorrang reicht. Zu dieser Frage ist bereits ausführlich Stellung genommen worden.

Es wird aber auch vertreten, daß der Tarifvorrang für übernehmende Regelungen nicht gilt.

1) 7. Aufl. 1977

2) Rose-Söhnholz BetrR 76,164 (164)

Für § 87 I wird die Frage der Zulässigkeit der Übernahme seltener erörtert als für § 77 III. Das hängt wohl damit zusammen, daß die h. M. durch den Vorbehalt des § 87 I nur die Erzwingbarkeit, aber nicht die Möglichkeit einer betrieblichen Regelung ausgeschlossen sieht. Dementsprechend wird eine übernehmende Regelung, auf die nur der Vorbehalt des § 87 I zutrifft meist für wirksam gehalten.¹⁾

Regelmäßig wird die Problematik der Übernahme von Tarifverträgen bei § 77 III behandelt. Überwiegend wird vertreten, daß sich der Vorbehalt des § 77 III auch auf eine Übernahme bezieht.²⁾

Gegen die Möglichkeit einer Übernahme eines Tarifvertrages spricht vor allem die Entstehungsgeschichte des BetrVG. In der amtlichen Begründung heißt es nämlich, die Fassung der Vorschrift werde eine Übernahme von Tarifnormen durch Betriebsvereinbarungen ausschließen.³⁾ Der Gesetzgeber

-
- 1) Kammann-Hess-Schlochauer § 87 Rz 38
Wiese in Gk-BetrVG 3. Bearb. 82 § 87 Rz 42
a. A. Moll Tarifvorrang, S. 32
Säcker ZfA Sonderheft 72,41 (42f)
- 2) Dietz-Richardi § 77 Rz 220
Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rz 50
Galperin-Löwisch § 77 Rz 85
Moll Tarifvorrang, S. 53
Säcker ZfA Sonderheft 72,41 (42)
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 119
a. A. Kammann-Hess-Schlochauer § 77 Rz 87f
ArbG Siegburg v. 3.8.77/DB 78,1281
- 3) BT-DrS VI/1786, S. 46

wollte die Auslegung ausschließen, die die h. M. ¹⁾ § 59 BetrVG 52 gegeben hatte. Damit reagierte man auf die gewerkschaftliche Forderung, die Übernahme von Tarifverträgen ausdrücklich auszuschließen. Wenn dagegen eingewandt wird, dieser Wille sei unbeachtlich, weil er im Gesetzestext nicht zum Ausdruck gekommen sei, so ist das nicht richtig. Gegenüber der alten Fassung ²⁾ drückt die neuere einen stärkeren Schutz der Tarifverträge aus.

Andere wenden gegen die Gleichstellung von Abweichung und Übernahme ein, hierdurch entstehe ein nicht zu begründender Wertungswiderspruch. Der Tarifvertrag werde gegen keine andere Form der Übernahme geschützt. Es sei weitgehend üblich, daß die Tarifverträge durch Einzelarbeitsverträge und allgemeine Arbeitsbedingungen auf Außenstehende erstreckt würden. Wenn dasselbe durch Betriebsvereinbarung nicht möglich sei, so sei das unverständlich.

Dem Ausschluß der Übernahme durch Betriebsvereinbarung liegt aber kein Wertungswiderspruch zugrunde. Bei dem Vorwurf des Wertungswiderspruchs ist nicht genügend berücksichtigt, daß die Wirkungsweise der Betriebsvereinbarung der des Tarifvertrages in mancher Hinsicht ähnlich und gänzlich anders als die des Einzelarbeitsvertrages ist. Die Betriebsvereinbarung wirkt nämlich unmittelbar und zwingend wie der Tarifvertrag. ³⁾ Er kann deshalb die Kompetenz der Tarifvertragsparteien stärker beeinträchtigen als andere Rechtsinstitute. Soll nämlich ansonsten eine

1) BAG v. 27.3.63/E 14,140 (144)
BAG v. 15.5.64/E 16,31 (35f)
Hüeck-Nipperdey-Säcker Lb II,2 S. 1398
Neumann-Duesberg S. 470
Nikisch III, S. 387

2) "Soweit Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden, sind Betriebsvereinbarungen nicht zulässig, ..."

3) Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 119

einheitliche betriebliche Regelung erreicht werden, kann die Maßnahme, sofern sie nicht im Bereich des Direktionsrechts liegt, nicht ohne das Einverständnis jedes einzelnen Arbeitnehmers getroffen werden. Die Betriebsvereinbarung ist hingegen eine echte Konkurrenz. Durch diese Vereinbarung werden alle Arbeitnehmer gebunden. Ein Wertungswiderspruch zwischen der Zulassung hier und der Sperre dort liegt deshalb nicht vor.

Zwar besteht auch bei Einzelabreden ein Interesse der Gewerkschaft, die Wirkung des Tarifvertrages auf Tarifgebundene zu beschränken; das zeigt sich am Kampf um die Differenzierungsklauseln. Dieses Interesse wird aber nicht geschützt, weil andere Interessen dagegenstehen (insbesondere die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers). Bei dem Verbot, den Tarifvertrag durch Betriebsvereinbarung zu erstrecken, wird dieses Interesse nicht berührt.

Der Sinn und Zweck des Tarifvorrangs kann nicht mehr allein darin gesehen werden, die inhaltliche Kompetenz der Gewerkschaften zu sichern. Geschützt wird auch das Rechtsinstitut "Tarifvertrag" und seine Bedeutung. Über den Wirkungsbereich, von dem die Bedeutung wesentlich abhängt, soll nur auf dem im TVG vorgesehenen Weg, nämlich durch Allgemeinverbindlicherklärung, disponiert werden.

Obernehmende Regelungen, für die der Tarifvorrang im Bereich von Arbeitsordnungen vor allem Bedeutung hat, sind also sowohl hinsichtlich materieller als auch formeller Arbeitsbedingungen unzulässig.

5. Die Beendigung der Wirkung der Arbeitsordnung

Die Arbeitsordnung ist eine Betriebsvereinbarung, unter deren Dach regelmäßig viele Themen behandelt werden, im Grunde also ein Sammlung von einzelnen Betriebsvereinbarungen. Aus diesem Charakter der Arbeitsordnung ergeben sich auch die spezifischen Probleme. Eine so umfassende Regelung soll nicht immer insgesamt außer Kraft treten, sondern die Beteiligten wollen sich nur von Teilen dieser Arbeitsordnung lösen. Fraglich ist auch, ob eine Arbeitsordnung die vorangegangene als Ganzes ablöst, auch wenn der Regelungsbereich der beiden Arbeitsordnungen nicht völlig gleich ist.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der beabsichtigten Dauerwirkung. Die meisten Arbeitsordnungen tragen dem Rechnung, indem sie die gesetzlichen Kündigungsregeln (§ 77 V) abdingen. Die Kündigung wird nur zu besonderen Terminen (Quartalsende, Halbjahresende, Jahresende) zugelassen. Häufig ist auch eine Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen dreimonatigen Kündigungsfrist. Das ist unproblematisch möglich, weil § 77 V ausdrücklich die Vereinbarung abweichender Kündigungsregeln zuläßt.¹⁾

Dann ist zu klären, wielange die Bestimmungen der Arbeitsordnung über den Ablauf der Kündigung hinaus in Geltung bleiben. Diese Frage stellt sich besonders deshalb, weil das Gesetz eine Weitergeltung nur für Regelungen über Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung anordnet.

1) Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82. § 77 Rz 216

5.1. Die Kündigung von Teilen der Arbeitsordnung

Oberwiegend wird die Ansicht vertreten, die Kündigung von Teilen einer Betriebsvereinbarung sei unzulässig.¹⁾ Die dabei übliche Einschränkung zeigt, daß bei dieser Feststellung die Vorstellung einer thematisch begrenzten Betriebsvereinbarung zugrundeliegt. Eine Teilkündigung soll nämlich dann zulässig sein, wenn sie sich auf einen selbständigen, mit dem weiteren Inhalt der Betriebsvereinbarung nicht zusammenhängenden Komplex bezieht.²⁾

Zusätzlich wird noch gefordert, daß sich der Wille der Betriebsvereinbarungsparteien auf die Selbständigkeit des Schicksals dieses Teils der Betriebsvereinbarung erstreckt.³⁾

Die Arbeitsordnungen enthalten sehr häufig eigene Bestimmungen zu dieser Frage. Sie lassen die Kündigung von Teilen der Arbeitsordnung regelmäßig zu.⁴⁾ Bei einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung der Kündigungsmöglichkeit für Teile der Arbeitsordnung ist die Teilkündigung ohne weiteres zulässig.⁵⁾

1) Dietz-Richardi § 77 Rz 215
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 143

2) BAG v. 19.3.57/E 4,6 (11)
Galperin-Löwisch § 77 Rz 64

3) BAG v. 29.5.64/E 16,58 (69)
Dietz-Richardi § 77 Rz 143
Hueck RdA 68,201 (208)
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 215

4) Beispiel: "Die Arbeitsordnung oder einzelne ihrer Bestimmungen können mit einer Frist von 3 Monaten zum Vierteljahresschluß schriftlich sowohl vom Arbeitgeber wie auch vom Betriebsrat gekündigt werden."

5) Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 215

Problematisch ist die Sachlage nur, wenn keine solche Bestimmung getroffen worden ist. Läßt man in solchen Fällen keine Teilkündigung zu, dann gehen der Arbeitgeber und der Betriebsrat, wenn sie sich von einzelnen Vorschriften lösen wollen, jeweils das Risiko ein, über die ganze Arbeitsordnung verhandeln zu müssen.

Für die Lösung ist darauf zurückzugreifen, weshalb eine Teilkündigung grundsätzlich unzulässig ist. Regelmäßig ist eine Betriebsvereinbarung der Ausgleich eines Interessenkonflikts, der im Wege des Beharrens und Nachgebens, also als Ergebnis einer Verhandlung, zustandekommt. Das Ergebnis, die Betriebsvereinbarung, ist davon geprägt. Der Durchsetzung eines Interesses steht die Preisgabe eines anderen innerhalb der Betriebsvereinbarung gegenüber. Die Möglichkeit einer Teilkündigung würde ständig die Gefahr der Zerstörung dieses empfindlichen Gleichgewichts bedeuten, ohne daß zugleich bei erneuten Verhandlungen dieselben Ausgleichsmöglichkeiten geboten wären.

Dieser Mechanismus dürfte sich aber bei der Arbeitsordnung auf die gesamte Regelung beziehen. Schon die Frage, über welche Themen Regelungen aufgenommen werden und was nicht in die Arbeitsordnung hinein soll, dürfte Gegenstand von Verhandlungen sein und einen Ausgleich von Interessen darstellen. Damit wird bereits durch die Herauslösung einzelner Fragen ein Gleichgewicht zerstört.

Eine Teilkündigung ist damit nur zulässig, wenn die Arbeitsordnung sie ausdrücklich zuläßt. Dieses Ergebnis ist auch nicht unpraktikabel, weil eine einverständliche Ablösung von einzelnen Vorschriften immer möglich ist.

5.2. Die Ablösung einer Arbeitsordnung durch eine neue Arbeitsordnung

Zwischen Betriebsvereinbarungen besteht das Ablösungsprinzip, d. h. mit Beginn der Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung wird eine alte Betriebsvereinbarung über dasselbe Thema unwirksam, ohne daß es eines anderen Beendigungsgrundes bedarf.¹⁾

Bei der Arbeitsordnung ist nun problematisch, ob dieses Ablösungsprinzip für die ganze Arbeitsordnung gilt oder ob die alte Arbeitsordnung nur soweit unwirksam wird, wie die neue ihr thematisch entspricht.

Die meisten Arbeitsordnungen versuchen dieses Problem aus der Welt zu schaffen, in dem sie ausdrücklich das Außerkrafttreten der vorangegangenen Arbeitsordnung anordnen. Damit ist, soweit das Ablösungsprinzip etwa nicht eingreifen sollte, eine Aufhebungsvereinbarung geschlossen. Eine solche Vereinbarung ist immer möglich.²⁾

Aber auch ohne das die vorangegangene Arbeitsordnung außerkraftgesetzt wird, ist sie beendet. Es ist davon auszugehen, daß aufeinanderfolgende Betriebsvereinbarungen mit der gleichen Bezeichnung auch die gleiche Problematik regeln sollen. Die neue Betriebsvereinbarung wird regelmäßig mit der Intention abgeschlossen, sie an die Stelle der alten treten zu lassen. Im Normalfall wird die alte Arbeitsordnung sogar als eine Arbeitsunterlage dienen und die neue Arbeitsordnung wird auf der Basis der Erfahrungen mit dem Inhalt der alten Arbeitsordnung entwickelt. Prüft man aber

1) Galperin-Löwisch § 77 Rz 68
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 208

2) Dietz-Richardj § 77 Rz 138
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 206

die Vorschriften der alten Arbeitsordnung daraufhin, ob sie in eine neue Arbeitsordnung aufzunehmen sind, so spricht das dafür, daß die Beteiligten die Arbeitsordnung als einheitlichen Regelungskomplex verstehen, so daß eine Ablösung der gesamten Regelung eintritt, auch wenn über einzelne Themen der alten Arbeitsordnung in der neuen keine Regelung getroffen wird.

5.3. Die Nachwirkung der Arbeitsordnung

§ 77 VI ordnet Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung lediglich für Regelungen in Angelegenheiten an, "in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann", also für Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung.

Da aber eine Arbeitsordnung regelmäßig Gegenstände der erzwingbaren und der freiwilligen Mitbestimmung enthält, kommt es nach Ablauf zu einer unübersichtlichen Rechtslage. Die Vorschriften der Arbeitsordnung haben zum Teil weiter Gültigkeit, zum Teil nicht.

Die Vereinbarungspartner der Arbeitsordnung beugen diesem Problem häufig vor, indem sie für die gesamte Arbeitsordnung eine Weitergeltung bis zum Abschluß einer neuen Arbeitsordnung vorsehen. So heißt es z. B.: "Bis zum Inkrafttreten einer neuen Arbeits- und Betriebsordnung behält die vorherige Fassung Gültigkeit."

Grundsätzlich ist eine solche Vereinbarung wirksam.¹⁾

1) BAG v. 16.3.56/E 3,1 (6)
Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rz 46
Galperin-Löwisch § 77 Rz 42
Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 231

Problematisch ist hier weniger das Ergebnis als die Konstruktion der Nachwirkung, Eine normative Wirkung kann eine Betriebsvereinbarung nach ihrem Ablauf nicht mehr haben. Diese normative Wirkung ist ihr nämlich vom Gesetz nur für die Dauer ihrer Wirksamkeit verliehen.¹⁾

Eine Vereinbarung der Weitergeltung ist deshalb nach dem Prinzip, den Willen der Beteiligten möglichst zur Geltung zu verhelfen, so auszulegen, daß die Betriebsvereinbarung über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus fortbesteht. Der Ablauf dieser Frist sagt dann nur etwas über die Mindestgeltungsdauer der Betriebsvereinbarung aus. Außerdem ist, da eine Gleichstellung mit den Regelungen nach § 77 VI gewollt ist, die Betriebsvereinbarung nur dispositiv.²⁾

1) Dietz im Anschluß an AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Akkord

2) Thiele in GK-BetrVG 3. Bearb. 82 § 77 Rz 231

Lebenslauf

Ich wurde am 22. Juni 1949 in Greifswald als drittes von drei Kindern von Dr. Horst Martin und Annekathrin Martin, geb. Wentzel, geboren.

1950 verließen meine Eltern Greifswald und siedelten nach Berlin (West) über, wo ich 1955 in die 8. Grundschule Friedenau eingeschult wurde. 1959 wechselte ich auf das Gymnasium Steglitz über und legte dort im Februar 1968 das Abitur ab.

Nach dem Abitur studierte ich zunächst Kunstgeschichte. Ab WS 70/71 war ich Studentin der Rechtswissenschaft, und zwar außer im SS 72, in dem ich die Kieler Universität besuchte, in Berlin. Dort legte ich im Februar 1976 das 1. Staatsexamen ab.

Im Mai 1976 trat ich in den Referendardienst ein und legte im August 1978 das 2. Staatsexamen ab.

Bereits seit April 1977 war ich neben der Tätigkeit als Referendarin als Teilzeitassistentin an der FU Berlin beschäftigt. Nach dem 2. Staatsexamen bis zum August 1983 übte ich diese Tätigkeit ausschließlich aus.

Seit September 1983 bin ich als Richterin bei der Sozialgerichtsbarkeit tätig.

Papyrus-Druck GmbH Berlin ☎ 3416451
Dissertationen